

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse

T H È S E

PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

PAR

MUSTAFA RIJABE MUSTAFA

(IRAK)

THÈSE N° 531

LAUSANNE

IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.

1958



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552321_0079



**LA DISTINCTION DU MANDAT
ET DU CONTRAT D'ENTREPRISE
EN DROIT SUISSE**

UNIVERSITÉ DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse

THÈSE
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
PAR
MUSTAFA RIJABE MUSTAFA
(IRAK)



THÈSE N° 531

LAUSANNE
IMPRIMERIE HENRI JAUNIN S. A.
1958

La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 4 juillet 1958.

Thèse N° 531.

LE DOYEN :
Jean GRAVEN

A la mémoire de mon père

A ma mère

AVANT-PROPOS

La délimitation des diverses espèces de conventions de travail (Arbeitsverträge) ¹ a été, et est encore, la source de difficultés parfois insurmontables. En effet, les frontières entre ces conventions sont souvent mal tracées à cause de l'insuffisance et de l'ambiguïté des textes légaux qui traitent cette matière.

C'est en particulier la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise qui a suscité de vives controverses, aussi bien en Suisse qu'en France. Dans leurs recherches d'une solution applicable à tous les cas, la doctrine et la jurisprudence ont défini des critères totalement opposés. Nous ne connaissons aucune matière du droit suisse des obligations qui ait subi une évolution comparable à celle de la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise. En outre, nous constatons que cette évolution s'accélère particulièrement depuis 1912, date de l'entrée en vigueur de l'actuel Code des Obligations.

Les champs d'application de ces contrats sont si voisins, voire semblables, que l'on se trouve souvent en face de grandes difficultés lorsqu'il s'agit de les différencier. De plus, de nombreuses conventions, qui ne sont pas du tout définies par la loi, chevauchent sur l'un ou l'autre de ces contrats.

Il est d'un grand intérêt pratique de pouvoir qualifier une convention de mandat ou de contrat d'entreprise. Deux facteurs essentiels déterminent ce choix. L'un est d'ordre juridique : il détermine le caractère fragile des rapports juridiques découlant d'un mandat. En effet, ce contrat est révocable par le mandant et répudiable par le mandataire en tout temps, même en temps inopportun. Cette possibilité constitue un danger indéniable pour la sécurité des affaires. Pour combattre l'insécurité découlant de l'application de cette règle (considérée, aujourd'hui encore, comme une règle de droit impératif), la doctrine

¹ Nous employons cette expression générale dans le sens qu'elle comprend toutes les conventions qui, à titre onéreux ou à titre gratuit, stipulent une prestation d'activité ou une prestation d'activité et de résultat. En Allemagne, cette expression est employée aujourd'hui pour désigner une catégorie de Dienstvertrag.

et la jurisprudence suisses s'efforcent de restreindre le champ d'application du mandat au profit de celui du contrat d'entreprise. Après une longue évolution, on qualifie aujourd'hui de contrats d'entreprise certaines conventions jadis appelées mandats. Cela permet d'échapper à la règle de libre révocation. Cette nouvelle tendance, qui consiste dans l'élargissement de la notion d'« ouvrage » (objet du contrat d'entreprise), ressort particulièrement des données les plus récentes de la jurisprudence suisse.

L'autre facteur est d'ordre économique : c'est le caractère « rigide » du contrat d'entreprise. Dans un tel contrat, l'entrepreneur se charge du risque de son activité. Il ne peut exiger ni la rémunération de son travail, ni le remboursement de ses dépenses lorsque l'ouvrage est détruit fortuitement avant sa livraison. Il est évident que cette disposition représente pour l'entrepreneur une charge lourde, mais équitable. De plus, c'est le débiteur et non son créancier qui supporte les dommages qu'il a subis en exécutant ses obligations. Pour toutes ces raisons, le débiteur s'efforcera, en cas de litige, de situer le problème dans le champ du mandat, qui lui est plus favorable. Ainsi, la position juridique d'un tel problème est souvent renversée, de sorte que c'est la conséquence qui déterminera la qualification : « On qualifiera un contrat de telle façon qu'il puisse se voir appliquer les conséquences envisagées » ¹. On qualifie de mandat un contrat dans l'exécution duquel le débiteur a subi un préjudice pour lequel il ne serait point indemnisé si l'on se trouvait en présence d'un contrat d'entreprise. Cela permet d'appliquer l'article 402 CO, qui prévoit des indemnisations favorables au mandataire en cas de perte fortuite subie dans l'exécution de ses engagements.

En cas de litige, le juge devra attribuer au contrat sa véritable nature juridique, sans tenir compte de celle donnée par les parties contractantes. En effet, ce n'est pas le nom donné par les parties qui est déterminant, mais l'ensemble des clauses du contrat.

Ce sont ces raisons d'ordre pratique, ainsi que beaucoup d'autres, qui exigent une détermination nette des champs respectifs d'application du mandat et du contrat d'entreprise. Cette détermination doit englober non seulement l'objet du contrat (insuffisamment déterminé par les textes légaux), mais encore tous les autres éléments, essentiels ou même accessoires, qui permettent la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise.

Nous nous proposons d'aborder notre étude en faisant la distinction entre les deux contrats, à partir de leur objet respectif, tout en donnant

¹ Paul Colin : *De la détermination du mandat salarié*, Thèse Paris 1931, p. 5.

une idée générale des dispositions et solutions apportées en ce domaine par le code civil français et le code civil allemand. Par la suite nous examinerons : la dénonciation extraordinaire, la responsabilité quant au dommage subi par le débiteur, les risques, l'exécution personnelle et, enfin, groupés dans un chapitre unique, tous les autres points de divergence.

Cependant, notre étude serait incomplète si nous ne nous attaquions à deux sujets étroitement liés à cette distinction. Le premier a trait à la théorie des contrats d'activité et des contrats de résultat; le second se rapporte au principe de la gratuité du mandat, depuis l'époque où il était un principe absolu jusqu'à nos jours, où il n'est plus qu'une exception.

Nous sommes conscient de nous avancer sur un terrain mouvant, où nous rencontrerons de nombreuses difficultés, souvent insurmontables. Aussi ne prétendons-nous pas apporter ici de solution définitive; toutefois, nous osons espérer que nos efforts contribueront à la recherche de cette solution. Souvent, au cours de notre travail, nous avons à dessein cédé à une sorte de « culte du texte légal ». On voudra bien nous pardonner cette attitude. Nous sommes d'avis, en effet, que s'écarter du désir du législateur équivaut à bouleverser tout le système des conventions relatives au travail.



INTRODUCTION

Contrat d'activité (Tätigkeitsvertrag) et contrat de résultat (Erfolgsvertrag)

Les conventions relatives au travail, entendues dans le sens le plus large de l'expression « Arbeitsverträge », comprennent, répétons-le, toutes les promesses faites à titre onéreux ou à titre gratuit, qui stipulent une prestation d'activité ou de résultat. Cette définition générale englobe, entre autres, les trois conventions principales de travail : le mandat proprement dit, le contrat d'entreprise et le contrat de travail. L'étude des caractères communs aux différentes conventions de travail, abstraction faite des règles spéciales de chacune d'elles, peut faire apparaître une notion générale. La distinction entre ces conventions fut précisée et étudiée d'une manière approfondie par Lotmar¹ : depuis lors, elle joue un rôle considérable dans la science juridique contemporaine.

En effet, l'un des critères proposés pour distinguer les diverses espèces de conventions relatives au travail², à savoir le critère basé sur la nature de la prestation de travail qui constitue l'objet de la convention, mérite d'être étudié ici, vu son importance dans la distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse. Selon ce critère, les conventions relatives au travail se divisent en deux groupes : les contrats d'activité, où le contractant se borne à mettre ses forces de

¹ Lotmar : *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, 2 volumes, 1902-1908.

² Nous ne nous occuperons pas des autres critères, tels que :

a) Le critère de la subordination économique, technique ou juridique. La doctrine et la jurisprudence françaises et allemandes se sont efforcées de préciser la notion de la subordination, qui joue un rôle primordial dans la distinction entre les conventions de travail.

b) Le critère basé sur la modalité de la rémunération, selon lequel les conventions de travail se divisent en deux grandes catégories, le contrat de salaire à temps (Zeitlohnvertrag) où le salaire est calculé proportionnellement au temps, et le contrat à prix déterminé (Akkordvertrag) dans lequel la rémunération devient une contrepartie du travail, en vue du résultat de ce dernier. Voir Lotmar : *Op. cit.*, vol. I, p. 330.

travail au service de l'autre contractant, et les contrats de résultat dans lesquels le contractant s'engage à fournir le résultat de son travail ¹.

Dans chaque cas particulier, il faut se demander quelle est la nature de la prestation du débiteur; celui-ci n'a-t-il promis de fournir que son activité ou s'est-il obligé à procurer un résultat déterminé par le moyen du travail? Prenons, par exemple, la promesse faite contre rémunération de retrouver un objet perdu (la rémunération n'entrant en ligne de compte que si l'objet est retrouvé). Dans un tel cas, le promettant ne promet pas seulement son activité de recherche, mais il s'oblige, en outre, à fournir un résultat déterminé, à savoir la découverte de l'objet. Le médecin qui soigne un malade conclut, en principe, un contrat d'activité par le fait qu'il ne s'engage pas à obtenir un résultat déterminé; mais dès qu'il promet, contrairement à ce qui se passe habituellement, la guérison du malade (et que, par conséquent, ses honoraires ne seront dus que lorsque cette condition sera réalisée), il conclut un contrat de résultat. Le même principe s'applique à l'avocat qui promet le succès du procès dont il est chargé (les règles de droit disciplinaire sont réservées), car il s'engage alors à obtenir un résultat.

Cette théorie a été, à vrai dire, utilisée en Allemagne afin de distinguer le contrat de service (*Dienstvertrag*) du contrat d'ouvrage (*Werkvertrag*). Une formule, restée d'ailleurs célèbre, émise par l'auteur allemand Gierke, a très bien su résumer la distinction, en affirmant que, dans le contrat de service, le débiteur au travail s'oblige à effectuer « *ein Werken, aber kein Werk* » ².

¹ Une partie des Romanistes (Girard : *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd. 1924, p. 600; Hubrecht, Georg : *Manuel de droit romain*, Paris 1953, t. II, p. 128; Jean Paris : *La responsabilité de la Custodia en droit romain*, thèse, Nancy 1926, p. 47; Herzen Nicolas : *Précis de droit romain*, 1906, p. 384) pensent que cette théorie servait de critère pour distinguer la *locatio operarum* de la *locatio operis faciendi* en droit romain. Il y a *locatio operarum* lorsque le contrat a pour objet le travail, abstraction faite de son résultat, le travail en soi; il y a, au contraire, *locatio operis faciendi* lorsqu'on envisage « moins le travail comme tel que son résultat final ». M. Olivier-Martin, dans un article publié par la « Nouvelle Revue historique de droit français », 1936, p. 443 et suivantes, a essayé, tout en remontant à Windscheid qui, avant Girard, avait développé cette idée dans son ouvrage : *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8^e éd. revue par Kipp, T. II, p. 671 et suivantes, de montrer ce qu'il appelle la difficulté frappante de cette théorie. Il se demande : Que faut-il voir dans la *locatio operarum*, en quoi consiste ce concept, d'apparence étrange, de « *Dienste als solche* » ?... Ni Windscheid, ni Girard ne s'étendent sur ce sujet embarrassant. Et Girard fait preuve à cet égard de réserve : « Le critérium est *probablement*... », dit-il. Pour que cesse la méfiance que cette théorie inspire par son contenu, « il faudrait, continue M. Olivier-Martin, pouvoir citer des textes d'authenticité incontestable... or, c'est ce que personne n'a fait parce que personne ne pouvait le faire ».

² Gierke, O. : *Deutsches Privatrecht*, 1917, t. 3, p. 592. En droit suisse, bien que cette théorie ne puisse être employée pour tracer la ligne de démarcation entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise, par le fait que le contrat de travail est

Pour trancher la question de savoir si l'objet du contrat est le produit d'une activité ou l'activité comme telle il faut faire appel à la volonté commune des parties contractantes. Mais comment peut-on connaître cette volonté ? Les contractants ne précisent pas toujours, par négligence ou par insouciance, si l'objet du contrat est l'une ou l'autre chose. Dans ce cas, il est indispensable de rechercher si, d'après la convention, la rémunération doit être payée dans toutes les éventualités ou ne doit l'être que dans le cas de l'obtention du résultat ¹. Cela nous amène à examiner le problème le plus caractéristique des contrats du résultat, celui des risques, que nous étudierons dans un chapitre spécial.

Dans les contrats de résultat, nous l'avons dit, la rémunération n'est due qu'en cas d'obtention du résultat escompté, tandis que dans les contrats d'activité, elle doit être payée sans qu'il soit nécessaire que l'activité du débiteur aboutisse au résultat espéré par le créancier. Il en découle que les risques sont à la charge du débiteur dans les contrats de résultat; par conséquent, il est permis de préciser ici que c'est l'entrepreneur qui supporte les risques dans le contrat d'entreprise ². En concluant un contrat d'entreprise, l'entrepreneur a garanti que le résultat « serait fourni et, non seulement qu'il y emploierait toute l'activité et la diligence nécessaires, mais que cette activité et cette diligence, quoi qu'il pût arriver, atteindraient leur but » ³. Or, dans les exemples mentionnés ci-dessus, la promesse du médecin ou de l'avocat d'atteindre un certain résultat n'entraîne, en réalité, que la perte de leurs honoraires dans le cas où le résultat promis ne serait pas atteint. Mais qu'en est-il dans le cas où les parties concluent un contrat pour obtenir un résultat déterminé et conviennent, en même temps, que la

caractérisé par l'élément de temps, il n'en reste pas moins que la doctrine et la jurisprudence parlent constamment du « résultat comme un tout » pour déterminer l'objet du contrat d'entreprise à l'égard de l'objet du mandat. C'est pour cette raison que nous tenons à exposer sommairement cette théorie dans l'introduction même de notre étude.

¹ Sur ce point, on a objecté que les conditions du travail fourni par l'employé travaillant à titre isolé, ne permettent pas de « fournir une interprétation vraiment sûre de l'intention des parties et des caractères du résultat. C'est donc à chaque instant que le doute et l'hésitation se manifestent. Vous prenez un cocher à l'heure, c'est certainement un louage de services. Il n'a promis que son travail. Vous êtes maître de vous faire conduire où vous voulez. Mais vous prenez à la course. Sera-ce donc un louage d'ouvrage ? Car il a promis un résultat, celui de vous mener à l'adresse indiquée. » (Saleilles : *Note sur le projet de la commission relative au contrat de travail*, publiée dans le *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 498-499.

² Rümelin, Gustave : *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen 1905, p. 44. Riezler, Erwin : *Der Werkvertrag*, p. 16.

³ Saleilles : Article cité plus haut, p. 495.

rémunération sera due même en cas de non-obtention du résultat promis ? Nous croyons qu'il y a là une obligation d'activité, par suite du transfert de la charge des risques.

Dans une étude minutieuse des contrats d'activité et des contrats de résultat, Rümelin¹ constate que, dans deux cas, il est possible de faire la distinction d'une manière assez sûre entre une promesse d'activité et une promesse de résultat, tandis que dans le troisième, la différence reste quelque peu obscure : 1° Dans la première catégorie, l'activité du contractant n'est pas de nature à aboutir avec certitude ou, du moins, avec une grande probabilité au résultat désiré. Les cas de promesse de retrouver un objet perdu, du traitement médical et de l'activité de l'avocat constituent des exemples de cette sorte de convention. 2° Dans la deuxième catégorie, le résultat est distingué de l'action et il lui est opposé comme quelque chose d'indépendant, lorsqu'une activité compliquée et étendue est nécessaire pour atteindre le résultat, par exemple, la construction d'une maison, d'un navire ou d'un tunnel. Dans ces divers cas, le contractant ne se représente pas en premier lieu le travail et la complexité des nombreuses activités qui sont nécessaires, mais il se représente le résultat final, par lequel la prestation est déterminée et limitée. 3° Il existe, dans les affaires les plus simples de la vie quotidienne comme dans les affaires les plus importantes, une troisième catégorie, où l'activité est liée d'une manière inséparable au résultat. Dans ces cas, il n'y a aucune nécessité d'établir une distinction entre l'activité et le résultat; on pense au coiffeur, au cireur, au claqueur dans un théâtre. Ceux-ci ne pourront donner aucun renseignement pour faire savoir s'ils ont pensé à l'activité ou au résultat.

La théorie des contrats d'activité et des contrats de résultat n'a pas échappé aux critiques les plus sévères². Ses adversaires ont avancé que la nature du travail formant l'objet des différentes espèces de conventions de travail est sans importance pour l'essence de ces conventions, en raison de la connexité (*Zusammengehörigkeit*) qui existe entre le résultat et l'activité³. Lorsqu'il existe un accord entre les parties contractantes sur la nature du travail à fournir, par exemple, l'enseignement d'une langue, le traitement d'un malade, la représentation

¹ Rümelin : *Op. cit.*, p. 8-10.

² Dans un article publié dans *Les tendances nouvelles du droit civil*, Budapest 1911 (traduit par M. Martin dans la *Revue industrielle de droit civil*, 34, 1935, p. 501), M. Schwarz pense que « la réalisation du résultat stipulé n'est point le contenu de l'objet de l'obligation, mais qu'elle est son but. Le débiteur n'est pas tenu de produire ce résultat, puisque, afin que le résultat puisse se produire, de nombreuses causes dont la conduite du débiteur n'est qu'une, doivent entrer en jeu ».

³ Lotmar : *Op. cit.*, vol. I, p. 90.

d'une pièce de théâtre, il est indifférent pour l'existence de la convention de savoir si les parties prennent en considération l'activité d'un des contractants ou le produit considéré « comme un tout » de cette activité. Pour la notion de convention de travail, il importe peu que les contractants aient en vue le travail en soi, « die Arbeit an sich », ou qu'ils considèrent le travail du point de vue de son résultat et jugent qu'il a été mis en cause uniquement parce qu'il constitue toujours le moyen indispensable d'obtenir le résultat voulu. Mais si l'on dit qu'un des contractants a conclu la convention pour obtenir un résultat au moyen du travail de l'autre contractant, on peut affirmer tout aussi justement qu'un travail a été convenu entre les deux parties car — et c'est la propre expression de Lotmar — ce résultat, cet ouvrage, ne peut naître que par un travail et non par magie ¹. Dans le transport des choses ou des personnes, il est tout à fait indifférent que le transporteur se charge d'effectuer le transport matériel ou de procurer le résultat final, à savoir, le déplacement de la chose ou de la personne. Il s'ensuit que la notion du « travail comme tel » et du « résultat comme un tout » ne peut être utilisée comme un élément de distinction entre les diverses espèces de conventions de travail; en effet, un travail en soi, c'est-à-dire abstraction faite de son résultat, de ses effets sur le monde extérieur, ne signifie aucun avantage, aucun bénéfice pour le contractant.

Il nous faut maintenant examiner un autre problème, celui du caractère que doit revêtir le résultat promis. Selon Rümelin ², lorsque les parties contractantes manifestent la volonté d'obtenir un résultat déterminé, elles sous-entendent par là qu'il s'agit uniquement d'un résultat avantageux. Riezler, lui ³, soutient qu'il ne faut pas s'en tenir à la signification usuelle et courante du mot « résultat » qui, juridiquement parlant, peut être dénué de toute idée d'avantage. La notion de résultat doit, selon Riezler, être comprise dans le sens suivant : elle englobe non seulement le résultat qui constitue un avantage, mais aussi les tentatives infructueuses, car le résultat existe déjà dans le fait d'agir dans une direction bien déterminée ⁴.

¹ « ... jener Erfolg oder jenes Werk nicht durch Zauber, sondern nur durch Arbeit herbeigeführt werden kann », Lotmar : *Op. cit.*, p. 13.

² Rümelin : *Op. cit.*, p. 13.

³ Riezler : *Op. cit.*, p. 91. Voir également O. Palandt, BGB, § 631, n° 2; Schnorr von Carolsfeld : *Arbeitsrecht*, 2^e éd., Göttingen 1954, p. 9 et 10. Pour une opération médicale dangereuse, on admettra, dans le doute, que seul le premier résultat, c'est-à-dire la prise en charge techniquement correcte de l'opération elle-même, est promise et non son succès favorable. Voir Enneccerus-Lehmann : *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen 1954, § 150, p. 623.

⁴ Riezler, Erwin : *Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena 1900, p. 91

Le résultat doit présenter un autre caractère; il doit être considéré comme un tout (Erfolg als Ganzes) et présenter un caractère d'unité ¹. Ce point de vue a fait l'objet de plusieurs critiques. Nous rappellerons, sans vouloir nous étendre sur ce thème, que certains auteurs ont soutenu que la qualification de la prestation convenue comme une unité ou « comme un tout » est une formule imprécise, car il est toujours possible d'admettre l'existence de l'« unité » dans les conventions de travail qui ont pour objet un résultat ou une activité effectuée dans un temps déterminé ²; l'enseignement d'une langue pendant une heure peut être considéré, par exemple, comme une activité aussi bien que comme unité, de même que n'importe quelle autre prestation de travail.

Après cette discussion sommaire de la théorie des contrats d'activité et des contrats de résultat, et des objections formulées à son égard, on est fondé de constater que l'objet du contrat d'entreprise (en tant que contrat de résultat) est l'ouvrage comme un tout, le produit du service ou du travail humain. Nous verrons, plus tard, si cette théorie peut avoir une utilité quelconque dans la distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse.

¹ Paul Oertmann : *Kommentar zum BGB*, § 611; Riezler : *Op. cit.*, p. 41; Oser et Schönenberger : *Das Obligationenrecht*, vol. II, art. 363, n° 14; Becker : *Obligationenrecht*, art. 363, n° 4.

² Rümelin : *Op. cit.*, p. 45.

Chapitre premier

LE PRINCIPE DE LA GRATUITÉ DU MANDAT

Le point le plus important qui distingue le mandat du contrat d'entreprise, c'est la délimitation de leurs objets respectifs. Avant d'aborder cette distinction, il nous est apparu absolument indispensable, au moins du point de vue théorique et historique, de consacrer ce premier chapitre à la gratuité du mandat, étant donné que l'objet du contrat et son économie sont des éléments primordiaux dans tout contrat nommé. Il est significatif de remarquer que le mandat est, en effet, un contrat dont la définition ne comporterait aucune économie précise¹. Cette imprécision juridico-économique du mandat est due au développement historique qu'a subi ce contrat depuis l'ancien droit romain jusqu'à nos jours.

Dans l'ancien droit romain, la gratuité du mandat a, probablement, été absolue². La raison en est que ce contrat est, par son origine, un acte de complaisance basé sur l'amitié; le lien d'amitié entre le mandant et le mandataire « est incompatible avec l'idée de percevoir un salaire ». Ainsi certains services ne peuvent être ni un objet d'exécution forcée, ni une cause justifiant la demande en paiement du salaire au cas où il y a eu une exécution volontaire³. Par la suite, l'évolution ultérieure du principe de la gratuité du mandat et l'atténuation qu'il a subie spécialement sous l'Empire, ont modifié les choses de fond en comble.

¹ On constate que la rémunération ne figure pas dans la définition du mandat donnée par l'article 394 alinéa 1 CO et l'article 1984 CCF. Une autre constatation significative, c'est que le CO ne prévoit pas expressément, parmi les obligations du mandant, le paiement de la rémunération convenue ou usuelle (art. 402 CO).

² Cornil, G.: *Droit romain, aperçu historique sommaire*, Bruxelles 1921, p. 348; Girard : *Manuel élémentaire de droit romain*, 1924, p. 614; Monier, R. : *Manuel élémentaire de droit romain*, 1948, T. II, p. 182; Giffard : *Précis de droit romain*, 3^e éd. 1951, T. II, p. 90; Colin, P. : *De la détermination du mandat salarié*, Thèse Paris 1931, pp. 29-30.

³ Van Wetter: *Pandectes, l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, Paris 1910, t. 4, § 421.

Selon la doctrine traditionnelle ¹, la notion de la gratuité du mandat est intimement liée à la distinction que les Romains faisaient entre les prestations d'activité, à savoir, la distinction entre les « operae liberales » et les « operae illiberales ». L'idée qui domine dans cette doctrine, et selon les termes employés par Van Wetter, est que les « operae illiberales », sont les services mercantiles, ceux qui font l'objet d'un trafic ²; en conséquence, ce sont les services qui peuvent être appréciés en argent, ou comme le dit M. Bernard, « une activité donnant des résultats appréciables en argent aussi bien pour celui qui en profite que pour celui qui la fournit » ³. Ce sont des services de cette nature qui peuvent constituer, selon les cas, l'objet de la « locatio-conductio operarum » ou de la « locatio-conductio operis » lorsqu'ils ont été stipulés à titre onéreux (merces). Les « operae liberales » englobent au contraire les services auxquels le caractère mercantile fait défaut, des œuvres qui sont inestimables en argent, comme l'activité des professeurs, des avocats, des médecins, des arpenteurs, etc. On considérerait la stipulation d'un prix comme incompatible avec la nature des services libéraux ⁴.

Le développement économique de la société romaine et l'influence des Grecs ⁵ contribuèrent à transformer les idées romaines. Des services,

¹ Nous exposons, dans les pages suivantes, cette doctrine, généralement admise depuis le moyen âge, parce qu'elle a exercé une grande influence sur la formation des règles du mandat dans le droit moderne, notamment en France et en Allemagne. Sur l'état actuel de la théorie du mandat romain, consulter les études de Heldrich : *Der Arzt im römischen Privatrecht*, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, 1940, p. 139; Siber : *operae liberales*, même revue, 1940, p. 161; Below : *Der Arzt im römischen Recht*, München 1943, p. 58, et le grand traité de droit romain de M. Kaser : *Das Römische Privatrecht*, erster Abschnitt, München 1955, § 132, IV, p. 474; voir également les comptes rendus de l'ouvrage de Below par MM. Kaser, dans la Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abt. 72, 1955, p. 399, et Kaden, dans la Zsch. R. 74, 1955, p. 591.

² Van Wetter : *Les obligations en droit romain*, Paris 1884, t. II, § 128, p. 414.

³ Bernard, A. : *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris 1935, p. 71.

⁴ Comparez von Ihering : *Zweck im Recht*, trad. en français par De Meulenaer, Paris 1901, n° 59. « Il est à constater que la gratuité de certaines prestations de services fait de la situation de ceux qui les rendent une sorte de fonction sociale. En réalité, le sentiment qui inspirait le Romain à fournir ainsi ses services n'était nullement la bienveillance, l'abandon de soi, mais c'était l'égoïsme même. Le Romain ne renonçait pas à tout salaire en retour de ses services, mais ce n'était pas monnaie sonnante. Il consistait en un avantage qui, sur l'homme des classes supérieures, exerçait une séduction aussi puissante que l'argent sur l'homme du peuple, c'était l'honneur, la considération, la popularité, l'influence, le pouvoir. » C'est ce que Ihering appelle « le salaire idéal ». Le savant affirme encore qu'« une profession qui ne rapporte que de l'honneur, sans donner du pain, reste fermée à ceux que la fortune n'a pas favorisés, et c'est ce qu'on vit à Rome. Le service public et la jurisprudence y étaient, en fait, le monopole des gens riches », n° 58.

⁵ Ihering nous enseigne que l'évolution juridique du titre onéreux dans les prestations de services rendues anciennement gratuitement s'est accomplie tout d'abord dans le domaine de la science. « Les professeurs grecs dans toutes les branches de l'art et du savoir, dit-il, affluaient en masse, à la recherche du bonheur, vers la ville

qui formaient autrefois l'objet d'un mandat gratuit, ont fini par être considérés comme des services méritant une rémunération. Déjà à l'époque classique, on reconnaissait que les services du mandataire pouvaient être rémunérés, toutefois « la rémunération ne prend pas le nom vulgaire de « merces », elle s'appelle... « honor »; et la voie ouverte pour la recouvrer n'est point l'actio mandati, mais une « cognitio extraordinaria »¹. La promesse de payer un « honorarium » ne transforme pas le mandat en une « locatio-conductio », et le contrat de mandat continue, théoriquement et en dépit de la promesse de payer l'honorarium, à conserver son caractère gratuit. M. Bernard définit clairement la situation juridique ainsi créée : « L'honor », quelle que soit son importance psychologique, n'est pas et ne peut pas être un des éléments du mandat, d'après les principes du droit romain. C'est un élément à part dont les jurisconsultes se bornent à dire qu'il est sans influence sur la nature du contrat à l'occasion duquel il peut intervenir »². Ainsi, par une procédure juridique détournée on a fini, d'une part, par donner suite aux exigences économiques qui commençaient à se faire sentir et, d'autre part, par conserver l'honneur à celui qui recevait de l'argent³. L'« honorarium » était considéré comme une rémunération de services inappréciables en argent. En comparant les honoraires du mandataire aux salaires du locateur, on constate que les premiers n'ont pas le caractère de contre-prestation car, dit-on, dans le mandat l'espoir du gain fait défaut, et même dans le cas où des honoraires ont été stipulés, ceux-ci ne peuvent être envisagés que comme une « rémunération d'aspect

universelle. Riches de science, abondamment doués d'entregent, ils avaient les poches vides et l'estomac criant famine. La nécessité leur fit braver le préjugé romain : ils se firent payer leur enseignement. Les Romains s'habituerent à ce spectacle nouveau du savoir courant après l'argent. C'est à ces Grecs que revient le mérite, — car c'en était un, — d'avoir vaincu le préjugé national, et d'avoir conquis à l'art et à la science leur position juridique sur le sol romain. » Ihering : *Op. cit.*, n° 58.

¹ Accarias : *Op. cit.*, t. II, p. 358. Voir également May : *Éléments du droit romain*, 1935, p. 360 et note 6. On a refusé d'accorder aux philosophes et aux professeurs de droit une action leur permettant de réclamer leurs honoraires non payés en se fondant sur ce que « la réclamation d'honoraires en justice aurait été contraire à la dignité de la science juridique ou au principe philosophique du mépris des richesses ». Van Wetter : *Obligation en droit romain*, t. II, § 128, p. 415. Voir également Bernard, p. 48, 49, 53 et 55. Le premier auteur montre que l'on accorda également, sous le Bas-Empire, à ces personnes une poursuite judiciaire (*Ibid.*).

² Bernard : *Op. cit.*, p. 9 et 10.

³ A l'occasion de l'action extraordinaire accordée aux personnes exerçant une profession libérale, Pothier a déjà observé qu'« il n'y a pas grande utilité à distinguer chez nous, si l'action ex locatio, ou si c'est persecutio extraordinaria : c'est en réalité disputer sur les mots pour favoriser l'amour-propre ». Pothier : *Mandat*, n° 27, p. 182, note 2. Un autre auteur s'exprime ainsi : « La cognitio extraordinaria est une procédure de faveur grâce à laquelle les travaux intellectuels considérés comme supérieurs aux travaux manuels ont pu être rémunérés sans être discrédités. » Bernard, p. 43.

négatif », c'est-à-dire une rémunération destinée à compenser une perte de temps subie par le mandataire ¹, ou, selon Brinz ², la rémunération fut considérée comme une « aide sustentatoire » accordée au mandataire afin de lui permettre d'exercer sa profession.

Si, selon la doctrine traditionnelle, la gratuité peut être considérée comme l'élément distinctif du mandat à l'égard de la « locatio-conductio », il faut, cependant, avouer que, en pratique, la distinction entre la « merces » (contre-prestation dans la locatio-conductio) et l'« honor » ne fut pas toujours facile à saisir, notamment lorsque l'« honor » devint, « sous l'Empire, tellement usuel que même en l'absence d'une convention expresse, le mandataire était admis à en réclamer le paiement » ³. Il est possible d'invoquer l'inappréciabilité de la valeur des services rémunérés par le moyen de l'« honor ». Cependant, bien que cette allégation soit théoriquement logique, elle est, au dire de M. Colin, « pratiquement incertaine, car l'honorarium libéralement donné, pourrait dédommager largement de ses efforts, et au-delà, le mandataire lui-même » ⁴. Par ailleurs, plusieurs auteurs affirment que les termes « merces » et « honorarium » ont été souvent employés les uns au lieu des autres et que l'usage de ces mots n'était pas exclusif ⁵.

La plupart des romanistes qui soutiennent la théorie traditionnelle trouvent dans les « operae liberales » le champ d'application exclusif du contrat de mandat ⁶. Cette solution correspond exactement aux traits caractéristiques de ce contrat en droit romain, c'est-à-dire un objet pouvant consister non seulement dans l'accomplissement des actes juridiques, mais encore dans l'exécution des actes matériels, un rapport de confiance et, ce qui est le plus important, la gratuité. Cependant, le rapprochement de l'« honorarium » avec la merces d'une part, et l'insuffisance du critère basé sur la nature de la prestation d'activité (pour distinguer les « operae liberales » et les « operae illiberales ») ⁷, ont

¹ Colin : *De la détermination du mandat salarié*. Thèse Paris 1931, p. 31.

² Brinz : *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen 1879, t. II, § 334, p. 773.

³ Cornil, G. : *Op. cit.*, p. 348 et 349.

⁴ Colin, p. 33.

⁵ Maynz, Ch. : *Cours du droit romain*, 1870, t. II, § 305, p. 223, note 4. Suter : *Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse Berne 1904, p. 5, notes 7 et 8.

⁶ Cornil : *Op. cit.*, p. 348; Girard, p. 601 et note 3, pp. 614 et 615; Maynz : *Op. cit.*, p. 25; Huvelin, P. : *Cours élémentaire du droit romain*, 1929, t. II, pp. 99 et 101. Voir, dans ce sens, déjà, Pothier, *Mandat*, n^{os} 22-27.

⁷ Dans bien des cas, c'est la fonction de la personne exerçant la profession qui est déterminante pour le caractère libéral de la profession. C'est ainsi que les travaux des « agrimensores » furent considérés comme appartenant au domaine des « operae liberales », parce qu'ils furent exercés par les augures. C'est le caractère sacerdotal, primitivement attribué aux agrimensores, qui est déterminant. Dans d'autres cas,

incité certains auteurs à préconiser, tout en s'appuyant sur la théorie du mandat, une nouvelle distinction, basée sur la notion d'honoraires, entre quatre classes de personnes ¹.

Contrairement à l'opinion traditionnellement admise, Accarias, qui, on le sait, restreint le domaine du mandat aux actes qui s'appliquent à un patrimoine, c'est-à-dire aux actes d'administration (dans le sens le plus large du mot), affirme que les services professionnels qui, rétribués, n'autorisent qu'une « *cognitio extra ordinaria* », c'est-à-dire, tous ceux que les Romains considéraient comme services non appréciables en argent, sont exclus de ce domaine. Pour lui, les services professionnels de l'avocat, du médecin, du professeur et d'autres, semblables, « sont absolument en dehors du domaine des contrats, et c'est pourquoi l'on n'essaya pas même de les considérer comme pouvant donner lieu à la formation de contrats innomés » ². M. Bernard ³, auteur d'un ouvrage sur les professions libérales, a pu, après une analyse minutieuse des textes, arriver à la conclusion que les services libéraux ne peuvent pas

ce n'est pas le caractère relevé du service qui est décisif, car il y avait des services professionnels d'un ordre tout à fait « vulgaire », comme ceux des nourrices qui, pourtant, étaient exclus du domaine du louage, « tandis qu'un peintre, fût-il un artiste du plus haut mérite, loue très régulièrement les siens ». Accarias : *Op. cit.*, t. II, p. 331, note 1.

¹ Voir Cuq : *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1928, p. 490, note 10 : A) Celles qui rendent un service gratuit, mais que l'on indemnise parfois des dépenses et de la perte de temps que leur causent les soins donnés aux affaires d'autrui : mandataires, tuteurs, dépositaires. B) Les personnes exerçant une profession libérale : menseurs, avocats, professeurs, médecins. C) Les nourrices pendant la durée de l'allaitement. D) Les fonctionnaires. — Selon cet auteur, le trait commun de la situation de ces personnes, « c'est que le service à rémunérer n'est pas rendu dans une pensée de spéculation ». « Mais à côté du caractère commun, il y a des raisons particulières à chaque classe de personnes : on ne peut assimiler, par exemple, ceux pour qui les honoraires sont un moyen d'existence et ceux qui les reçoivent à titre exceptionnel, comme un tuteur ou un dépositaire » (*Ibid.*).

² Accarias : *Op. cit.* plus haut, p. 358 et note 2, p. 359 et note 1. M. Colin, après avoir montré la difficulté à laquelle on s'expose lorsqu'on veut soumettre les « *operae liberales* » aux règles du mandat, déclare qu'on se trouverait « en présence de conventions que les Romains n'ont jamais rangées sous des catégories juridiques déterminées, mais qu'ils ont sanctionnées par des procédés spéciaux (« *cognitio extraordinem* »). A l'origine, le contrat de mandat est la seule catégorie sous laquelle on puisse ranger de tels rapports. L'« *honor* » conserve encore son sens étymologique. Mais par suite de l'évolution sociale, de la contamination du droit public, l'« *honor* » est souvent confondu avec la « *merces* », le « *salarium* », il est devenu normal. Le critérium de gratuité qui avait servi à déterminer le contrat de mandat, disparut alors, et la création d'un moyen de réclamer les honoraires promis devint nécessaire, ce fut le rôle de la « *cognitio extraordinaria* ». Colin : *Op. cit.*, p. 60.

³ On trouve la même idée formulée par Lepointe et Monier dans les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français, Paris 1954, p. 276. Cependant, le premier auteur fait une réserve : cette conclusion « ne s'applique pas aux citoyens des dernières classes dont la situation sociale ne diffère guère de celle des esclaves, ils doivent louer leurs services pour vivre ». Bernard, p. 118, note 1.

faire l'objet d'un contrat lorsqu'ils sont fournis par un homme vraiment libre ¹. L'activité de celui qui exerce une profession libérale est « un acte de la personnalité », « attribut essentiel de la liberté » ayant une valeur inappréciable. En effet, rendre un service relevant des professions libérales est, selon cet auteur, *un bienfait et non des « operae » au sens juridique du mot* : on ne peut être tenu juridiquement à un bienfait (pp. 118-119). Un bienfait étant accompli, un devoir de reconnaissance envers celui qui l'a accompli s'impose, et ce devoir de reconnaissance se traduit, selon les circonstances par une somme d'argent ou un cadeau en nature. Cependant, lorsque « le bienfait est lié étroitement à l'exercice d'une profession, d'une fonction sociale (*munus*), au lieu d'apparaître comme un acte exceptionnel, comme un service d'ami, c'est un devoir pour le bénéficiaire de rendre le bienfait. Il le fera en versant à son bienfaiteur un « honor » ou « *honorarium* », devenu peu à peu d'usage et dont le versement a pu être exigé en justice, même s'il n'y a pas eu de convention ². D'autre part, « les services libéraux ne sont pas distincts des « *operae servi* » ou « *liberti* », lorsqu'ils sont le fait d'un esclave ou d'un « *affranchi* », car quelle que soit la nature des travaux effectués par l'esclave, ils sont toujours qualifiés du nom d'« *operae* » ³.

La conception du mandat enseignée par la doctrine traditionnelle que nous venons d'exposer a nettement influencé, sans même qu'il soit besoin de citer la reprise de la tradition romaine sur la gratuité du mandat par le BGB, les dispositions du CCF. Une partie de la doctrine française ⁴, constatant l'antinomie de certaines règles du mandat avec celles d'autres contrats relatifs au travail, affirme que la plupart des particularités du mandat, dont nous nous occuperons dans les chapitres suivants, s'expliquent par le principe de la gratuité. La jurisprudence française, nous le verrons plus loin, éprouve encore des difficultés sur le terrain de la détermination des contrats passés entre les membres des professions libérales et leur clientèle, et l'hésitation jurisprudentielle

¹ Ainsi, les services du médecin libre ne peuvent faire l'objet d'aucun contrat. ils sont rémunérés au moyen de l'« honor », obtenu, au besoin, par la « *cognitio extraordinaria* », tandis que les services d'un médecin esclave ou affranchi peuvent parfaitement faire l'objet d'une « *locatio operarum* ». Les avocats sont soumis au même traitement que les médecins. Bernard, pp. 84 et 99.

² Même auteur, p. 119.

³ *Ibidem*, pp. 121 et 122. Les « *artes liberales* » ne conviennent qu'à l'homme vraiment libre, dit l'auteur.

⁴ Voir Falque-Pierrotin : *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, Thèse Caen 1933, pp. 65 à 71 et les auteurs cités par lui. Voir également Dereux, Georges : *Du dommage éprouvé au service d'autrui*, Revue trimestrielle de droit civil, t. VII, année 1908, p. 65.

qui règne dans ce domaine n'est qu'une suite de l'incertitude des solutions romaines.

En Suisse, la question a été résolue de façon fort louable. Le législateur suisse a, d'une part, effacé la distinction entre les « artes liberales » et les « operae illiberales » en précisant dans l'article 361 CO qu'il y a possibilité pour les travaux « qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale et qui s'exécutent contre paiement d'honoraires » de tomber sous le coup des règles du contrat de travail¹, et, d'autre part, il a élargi, par comparaison aux dispositions du CCF², les cas dans lesquels le mandataire est autorisé à exiger une rémunération. Selon l'article 394 alinéa 3 CO, le mandataire peut exiger le paiement d'une rémunération, non seulement dans le cas où cette rémunération a été convenue (expressément ou tacitement)³, mais encore lorsque l'usage⁴ lui en assure une. Il est vrai que la gratuité, si elle n'est plus de l'essence du mandat, fait encore partie de sa nature. La gratuité constitue, théoriquement, la règle et l'onérosité apparaît comme l'exception. Cependant, cette gratuité souffre aujourd'hui de restrictions si larges qu'on peut affirmer, sans être accusé d'exagération, que la règle est devenue l'exception⁵. Cette transformation est d'ailleurs une conséquence inéluctable des circonstances économiques nouvelles et, de nos

¹ Nous souhaitons que cet article figure parmi les règles du mandat et qu'il soit rédigé en termes beaucoup plus généraux de façon à ce qu'il s'applique, non seulement au contrat de travail, mais à toutes les autres conventions de travail.

² L'article 1986 du CCF ne mentionne que le cas d'une rémunération conventionnelle. Cependant, la jurisprudence française ne tient pas cette règle pour absolue et reconnaît que certains mandants doivent être présumés salariés. Voir Colin, p. 71.

³ Lorsque, selon les circonstances, le mandant doit s'attendre, sans doute possible, à ce que l'affaire ne soit gérée ou le service ne soit rendu que contre rémunération. Oser et Schöenberger, art. 394, n° 16.

⁴ L'usage peut être consacré par la loi elle-même en établissant des tarifs de caractère dispositif ou impératif. Voir par exemple : ATF 66 I 51 = JdT 1940, p. 394 pour les avocats. Le taux des tarifs « ne valent que comme expression de la rémunération usuelle et doivent céder devant les conventions des parties (art. 394 al. 3 CO), sauf si ces conventions sont contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. »

L'usage peut ainsi constituer — sans la volonté des parties mais non contre celle-ci — une obligation à la charge du mandant de rémunérer le mandataire. « Les cantons peuvent donner aux tarifs d'honoraires, au moins lorsqu'il s'agit de l'activité des avocats comme mandataires dans le procès, un caractère impératif qui empêche les parties d'y déroger par convention. » Voir encore pour les tarifs d'honoraires des avocats, ATF 41, p. 474 = JdT 1916, p. 362; 65 I, p. 83; 66 I, p. 55; ATF 65 I 65 = 1939, p. 574. Pour le médecin dentiste, voir SJZ 1944, p. 124, n° 77; JdT (note de la rédaction) 1945, p. 126.

⁵ On songe aux services des professionnels, tous ceux qui ont pour activité régulière et habituelle d'accomplir des mandats pour autrui.

jours, il est rare de voir consacrer la gratuité du mandat en dehors des rapports de parenté¹ et d'amitié².

La ruine de la gratuité du mandat étant ainsi établie, il faut, pour être en accord avec les faits, rechercher ailleurs la justification de la plupart des particularités du mandat³. C'est, comme nous le verrons plus tard, dans le rapport de confiance qui doit dominer les liens obligationnels dérivant du contrat de mandat qu'on trouve, aujourd'hui, la base des dérogations que certains articles régissant le mandat appor- tent aux principes généraux des contrats.

Concluons cet examen du principe de la gratuité du mandat en disant qu'en droit suisse le mandat peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit. Dans le premier cas, il est un contrat synallagmatique parfait dans lequel la rémunération est la contre-prestation⁴, tandis qu'il est, dans le second, un contrat bilatéral imparfait. Le contrat

¹ Même dans ce cas, il y a lieu, selon les circonstances, d'attribuer une rémunération. Dans une affaire concernant des services rendus entre frères (l'un d'entre eux a travaillé pendant trois ans dans la ferme de l'autre), il a été jugé que « Eine Vereinbarung über die Entschädigung kann im vorliegenden Fall nicht angenommen werden. Dagegen ist nach der Übung ein Lohn am Platz. Zwar pflegt in landlichen Verhältnissen nicht jede Handreichung zwischen Nachbarn und noch weniger zwischen Brüdern bezahlt zu werden. Wenn aber die Arbeiten über das gewöhnliche Mass hinaus gehen, muss vernünftigerweise eine Vergütung entrichtet werden. » Jugement rendu par la Cour d'appel bernoise le 16 décembre 1942 en la cause S. Häni contre Häni, publiée dans la ZBJV 1943, p. 569.

² Le TF a jugé que les menus services que des voisins se rendent lorsqu'ils entretiennent de bons rapports constituent l'exécution de mandats gratuits. ATF 61 II p. 95 = JdT 1935 p. 617. Dans cette affaire (un voisin montant, à la demande du propriétaire, sur un poirier pour le secouer et rendre ainsi service à son voisin, tomba ...) Le TF a précisé qu'« le prêt d'un cheval par le défendeur au demandeur ou d'autres menus services rendus au voisin dans l'espoir peut-être d'être payé en retour par des aides analogues, ne sauraient être considérés comme des rémunérations — enlevant au mandat le caractère de gratuité. Il s'agirait là d'actes de bon voisinage qui sont essentiellement accomplis à titre gracieux ».

³ La question de la gratuité du mandat a cependant une importance du point de vue :

1) du degré de la responsabilité du mandataire pour les dommages causés au mandant selon l'article 99 CO; ainsi, bien qu'en principe tout mandataire soit responsable selon l'article 398 CO, cette responsabilité « s'apprécie avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur » (art. 99), (cependant le rapport de confiance exige une certaine discrétion dans l'application de cette règle générale sur le mandat);

2) de la responsabilité du mandataire pour les dommages causés au mandant par le substitut du mandataire. Nous verrons dans le chapitre consacré à l'exécution personnelle du contrat que la responsabilité restreinte du mandataire trouve spécialement son champ d'application dans le mandat gratuit, à cause de l'absence, en général, de l'intention d'exploiter la force de travail d'autrui.

⁴ Il est à constater que le CO emploie des termes différents pour désigner la contre-prestation dans les contrats relatifs au travail : rémunération dans le mandat (art. 394 al. 3), salaire dans le contrat de travail (art. 319), honoraires des membres de professions libérales (art. 361), prix dans le contrat d'entreprise (art. 363), le texte allemand de l'article 376 parle encore de « Lohn ». Le BGB parle toujours pour le Werkvertrag et le Dienstvertrag de « Vergütung », §§ 611, 612, 631, 632.

d'entreprise est un contrat essentiellement onéreux ¹, et, pour qu'il y ait contrat d'entreprise, l'onérosité doit être expressément convenue ou considérée comme sous-entendue (*selbstverständlich*) ². Mais en ce qui concerne le prix, il occupe une situation juridique spéciale dans le contrat d'entreprise, situation dont nous nous occuperons dans le chapitre consacré aux risques dans le contrat.

¹ Le prix de l'ouvrage est dû aux termes mêmes de l'article 363 CO et selon les règles prescrites aux articles 372 et suivants.

² Oser et Schönenberger, art. 363, n° 7; Becker, art. 363, n° 7. La promesse gratuite d'atteindre un certain résultat de l'activité du promettant constitue un mandat (la question de la donation est réservée).

Chapitre II

L'OBJET DU MANDAT ET DU CONTRAT D'ENTREPRISE

Avant d'étudier cette question, nous essaierons de déterminer l'objet du mandat et du contrat d'entreprise chez les nations voisines, c'est-à-dire en Allemagne et en France, afin de préciser la place exacte que la législation suisse occupe entre deux systèmes juridiques qui ont constamment influencé la pensée de plusieurs auteurs suisses dans ce domaine.

Première section

L'OBJET DU MANDAT ET DU CONTRAT D'OUVRAGE DANS LE CODE CIVIL ALLEMAND

§ 1. *L'objet du mandat.*

Dans le BGB, le mandat est essentiellement gratuit, de sorte que le principe de la gratuité empêche, en Allemagne, toute confusion entre le mandat et le contrat d'ouvrage (*Werkvertrag*)¹. Cette conception marque, au moins, du point de vue théorique, un retour vers le droit romain. Lorsqu'une « contre-prétention » (*Gegenanspruch*) a lieu dans le mandat, elle n'a pas d'influence sur la formation du rapport juridique et elle ne constitue donc pas une contre-prestation en regard de la prestation de travail, mais plutôt une indemnité dont l'existence et l'importance dépendent de circonstances spéciales et accidentelles.

L'objet du mandat est le soin d'une affaire, « *eine Geschäftsbesorgung* » (affaire de nature juridique ou de nature purement matérielle). La notion de « *Geschäftsbesorgung* » (§ 662)² a un sens très large en

¹ Nous traduisons « *Werkvertrag* » par « contrat d'ouvrage » et non « contrat d'entreprise » afin d'éviter toute confusion entre « *Werkvertrag* » et « *Entreprisevertrag* » ; ce dernier terme a, dans la littérature juridique allemande, une signification plus restreinte que le premier, dont il semble être une application pratique. Il y a « *Entreprisevertrag* » et, par conséquent, « *Werkvertrag* » lorsqu'un contractant, n'ayant pas les connaissances techniques suffisantes, se charge de la construction d'un ouvrage mais en confie l'exécution matérielle à un sous-entrepreneur, tout en s'engageant à financer l'entreprise. Voir Riezler, p. 33, § 8 ; Dernburg Heinrich : *Die Schuldverhältnisse*, 2^e éd., p. 364.

² Voir à ce sujet la conception de Isay Hermann sur le rapport entre le mandat et la *Geschäftsbesorgung* dans son ouvrage : *Die Geschäftsführung nach dem BGB*, Jena 1900, p. 19 et suivantes. Cet auteur traite la conduite d'une affaire d'une manière indépendante de sa base juridique, c'est-à-dire comme un rapport juridique particulier avec des conséquences propres.

Allemagne, plus large que la signification attribuée au terme « affaire » en Suisse avant 1912; elle englobe aussi bien les actes juridiques que les actes purement matériels¹. Mais cela ne signifie pas que toutes les promesses de travail faites à titre gratuit doivent tomber sous les dispositions concernant le mandat, car théoriquement du moins, la doctrine allemande admet unanimement que la « *Geschäftsbesorgung* » est une notion technique limitée, dont le champ d'application ne saurait inclure toutes les promesses de travail².

Nous avons dit que le principe de la gratuité du mandat est un élément essentiel et particulier à ce genre de contrat, qui le distingue des autres conventions relatives au travail, le contrat d'ouvrage et le contrat de services (*Dienstvertrag*), qui sont essentiellement conclus à titre onéreux; toutefois, parmi les dispositions réglementant le mandat, on trouve le paragraphe 675 qui a rendu assez difficile la distinction et suscité une ardente polémique dans la doctrine allemande. Le paragraphe 675 est ainsi conçu : « Les dispositions des paragraphes 663, 665 à 670, 672 à 674 sont applicables par analogie à tout contrat de services, ou à tout contrat d'ouvrage ayant pour objet le soin d'une affaire, ainsi que la disposition du paragraphe 671 alinéa 2 lorsque le droit de dénoncer, sans l'observation d'un délai de dénonciation, appartient à l'obligé. » On voit par là que dix paragraphes sur les treize qui forment l'ensemble des règles du mandat, sont applicables aux contrats de services ou d'ouvrage ayant pour objet la conduite d'une affaire³. En réalité, cette disposition fut introduite dans le BGB à cause du principe de la gratuité du mandat, ce qui a incité certains auteurs⁴ à affirmer que le législateur a sacrifié ce principe et que, pratiquement, le mandat est devenu un contrat onéreux.

Il ne faut pas, cependant, surestimer la valeur de cette critique, car la doctrine admet presque unanimement que la « *Geschäftsbesorgung* » du paragraphe 675 est une notion restreinte et limitée⁵. Hachenburg, qui soutient que la notion de la « *Geschäftsbesorgung* »

¹ Voir ci-dessous, p. 48.

² A cet égard, il faut mentionner qu'en droit allemand le contrat de services remplit, dans une certaine mesure, la fonction attribuée en droit suisse au mandat régissant les promesses de travail faites à titre onéreux. Or, le contrat de services a pour objet toutes les promesses de travail qui consistent dans « une activité en tant que telle », contrairement au contrat d'ouvrage dont l'objet est le résultat de l'activité humaine.

³ Les dispositions qui ne sont pas applicables sont les suivantes : § 662 : sur la gratuité; § 664 : sur l'exécution personnelle et la substitution; § 671 : sur la révocation et la répudiation.

⁴ Suter : *Entgeltliche Auftrag*, Bern 1904, p. 7. Cet auteur affirme que la valeur de la gratuité comme critère distinctif du mandat est devenue illusoire.

⁵ « La question de savoir jusqu'à quel point l'application de l'article 675 est possible n'a d'ailleurs pas une importance pratique aussi considérable que celle

dans ce paragraphe comprend toute activité déployée en vue de gérer une ou plusieurs affaires déterminées ¹ et que tout contrat de services ou d'ouvrage peut tomber sous le coup du paragraphe 675, forme une minorité au sein de la doctrine.

Si la majorité des auteurs allemands ² est d'accord sur l'idée que la conduite d'une affaire selon le paragraphe 675 est une notion restreinte et technique, la controverse surgit cependant lorsqu'on procède à la détermination de cette notion. De l'avis de Dernburg ³, il s'agit là de contrats de services ou d'ouvrage semblables au mandat (*Auftragähnliche Dienst- und Werkverträge*). Entrent dans cette catégorie, notamment, les services de l'avocat et des autres représentants dans les affaires juridiques. Mais on a objecté que la distinction entre les contrats de travail ou d'ouvrage semblables au mandat et les autres contrats de travail ou d'ouvrage ne se fonde sur aucun critère du texte de la loi ou de l'histoire de la codification du BGB ⁴.

D'après Riezler, il convient d'admettre que la gérance d'une affaire inclut :

1. La conduite d'une affaire juridique (*Besorgung von Rechtsgeschäften*). Lorsqu'une affaire juridique fait l'objet d'un contrat d'ouvrage, le paragraphe 675 devient applicable.

2. La « *Geschäftsbesorgung* » n'ayant pas le caractère d'une activité déployée à l'occasion d'une affaire juridique, mais celui d'une activité purement matérielle dans l'exécution de laquelle le mandant ou le maître a un intérêt patrimonial direct (*Vermögensinteresse*) ; cela comprend tous les actes qui représentent un avantage économique comme, par exemple, la réparation d'une voiture.

3. La « *Geschäftsbesorgung* » qui, sans avoir de caractère juridique ou économique, fait partie de la profession du mandataire par exemple, le dentiste, qui doit arracher la dent de son client, n'entreprend ni une affaire juridique ni une affaire de caractère patrimonial, mais son activité doit être considérée comme une « affaire » parce que son accomplissement fait partie du domaine professionnel de l'obligé ⁵.

qu'on lui attribue dans la littérature juridique. Car, ..., les dispositions de l'article 675 correspondent à celles que l'on aurait pu introduire par voie d'interprétation de volonté toutes les fois qu'il y a gestion d'une affaire particulière pour un autre, de la nature du rapport juridique lui-même, de telle sorte qu'indépendamment de toute prescription particulière sur ce point on n'aurait pas manqué d'admettre par analogie les règles établies pour le mandat.» Bufnoir et autres, § 675.

¹ Max Hachenburg : *Dienstvertrag und Werkvertrag*, in BGB, Mannheim 1898, p. 121.

² Oertmann, § 675 ; Crome : *Système des DBR*, § 262 ; Gierke, § 263 ; Staudinger, § 662/4/c ; Otto Palandt, BGB, 9^e éd., § 675.

³ Heinrich Dernburg : *Die Schuldverhältnisse*, 2^e éd., Halle 1899, § 294, p. 365.

⁴ Planck, § 675.

⁵ Riezler : *Op. cit.*, p. 76 sq.

Cosack ¹ définit cette notion de telle sorte qu'elle s'applique aux contrats de services ou d'ouvrage qui ont pour objet une activité indépendante, en rapport avec le patrimoine (c'est-à-dire, dans la sphère économique d'autrui), et devant être fournie pour et dans l'intérêt d'autrui. Dans ce sens, la « *Geschäftsbesorgung* » du paragraphe 675 comprend l'activité de l'avocat, lorsque cette activité consiste dans la représentation d'une partie à un procès, ou lorsqu'il agit comme expert ou comme conseiller, ainsi que la promesse d'encaissement et l'activité d'une banque. D'autre part, l'activité dépendante de l'employé ainsi que l'activité dénuée de tout caractère économique, c'est-à-dire sans rapport avec le patrimoine du contractant, telle que l'activité du médecin ou celle du précepteur, échappent à la notion d'affaire au sens strict du terme.

Enneccerus et Lehmann ² s'appuient, dans la délimitation de la « *Geschäftsbesorgung* » mentionnée par le paragraphe 675, sur l'usage de la langue courante et délimitent son champ d'application dans la mesure où les effets du contrat applicables par le paragraphe 675 s'adaptent aux différents cas possibles d'une telle *Geschäftsbesorgung*. Pour eux, la conduite d'une affaire juridique ou analogue, l'activité indépendante de nature économique qui est entreprise pour un tiers et dans son intérêt (l'activité d'un avocat-conseil en matière juridique, celle d'un expert, l'administration d'un patrimoine) relèvent du domaine du paragraphe 675.

La valeur de l'application par analogie des règles relatives au mandat est considérablement diminuée par le fait que cette application ne s'étend pas au droit de révocation. En effet, le paragraphe 671, qui prévoit un droit de révocation, n'est pas mentionné par le paragraphe 675. « Certes, l'entrepreneur et l'employé (*der Dienstverpflichtete*) liés par un contrat de cette nature sont mis au bénéfice de l'alinéa 2 du paragraphe 671, alinéa qui précise les conditions auxquelles doit se conformer le mandataire qui veut user de son droit de résiliation ³. Mais encore faut-il, à teneur expresse du paragraphe 675, que l'entrepreneur ou l'employé possède le droit de résilier son engagement sans être tenu d'observer un délai de résiliation. Or ce droit, abstraction faite du cas où il découle de la convention, n'existe dans le BGB au profit de l'employé que dans des hypothèses spéciales (v. §§ 623, 626, 627).

¹ Cosack : *Lehrbuch I*, § 143, II.

² Enneccerus et Lehmann : *Recht der Schuldverhältnisse*, § 164, Tübingen 1954.

³ Le paragraphe 671 alinéa 2 prévoit que « le mandataire ne peut dénoncer que de telle sorte que le mandant puisse pourvoir autrement aux soins de l'affaire à moins qu'une cause grave ne justifie la dénonciation à contre-temps ».

Quant à l'entrepreneur, on est fondé à soutenir que ce droit est pour lui inexistant »¹. D'un autre côté, Planck² déclare, en dépit du texte de la loi, que les paragraphes 669 et 670 (concernant les dépenses nécessaires pour l'exécution de la convention et les dépenses que le contractant est autorisé, d'après les circonstances, à considérer comme nécessaires) sont inapplicables aux contrats d'ouvrage ayant pour objet le soin d'une affaire. Dans le contrat d'ouvrage, l'entrepreneur n'a pas, en principe, le droit d'exiger une indemnité pour les dépenses faites par lui dans l'exécution de l'ouvrage, car ces dépenses sont, dans la plupart des cas, comprises dans la rémunération. Or, ce principe s'applique même au cas d'un contrat d'ouvrage ayant pour objet la conduite d'une affaire dans le sens du paragraphe 675.

Une autre restriction, d'ordre pratique, se présente encore en cette matière: le paragraphe 664 n'étant pas mentionné par le paragraphe 675, les règles du mandat relatives à l'exécution personnelle ne s'appliquent pas au contrat de service ou d'ouvrage ayant pour objet une « *Geschäftsbesorgung* ».

§ 2. *L'objet du contrat d'ouvrage.*

Selon le BGB, l'objet du contrat d'ouvrage, conformément au *Gemeines Recht*, peut comprendre tout résultat de l'activité humaine se rapportant à une chose matérielle ou immatérielle. Cela ressort très clairement du paragraphe 631 qui prévoit que « l'objet du contrat d'ouvrage peut aussi bien consister dans la confection ou la modification d'une chose que dans tout autre résultat à obtenir par le travail ou par la prestation de services ».

L'un des éléments essentiels du contrat d'ouvrage est la rémunération; si cette dernière n'a pas été stipulée expressément ou tacitement, il n'y a pas contrat d'ouvrage, mais formation d'un rapport juridique qui peut être considéré comme un mandat ou comme une libéralité, selon les circonstances. La rémunération, dans le BGB et le CO, peut être en argent ou consister en toute autre chose mobilière ou immobilière, tandis qu'en droit romain et selon le « *Gemeines Recht* », elle doit être en argent³. De ce fait, le contrat d'ouvrage, contrairement au mandat, prend le caractère d'un contrat synallagmatique parfait, par

¹ De Torrenté : *La dernière revision*, p. 29.

² Planck : vol. II, § 675, 3.

³ Gottfried Trachsel : *Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gemeinen Recht und modernen Gesetzen*, Thèse Berne 1923.

lequel une partie s'engage à exécuter un ouvrage et l'autre à payer la rémunération convenue.

Le code mentionne la confection ou la modification d'une chose comme l'objet du contrat d'ouvrage, mais il faut se rappeler que la « chose », dans le BGB, est toujours une chose corporelle¹; donc nous dirons que toute chose corporelle mobilière ou immobilière peut être l'objet du contrat d'ouvrage.

Selon Crome², il faut distinguer trois catégories de contrats d'ouvrage : la première comprend la confection ou la modification d'une chose ou d'un objet immatériel, par exemple le contrat conclu pour faire publier une édition révisée d'un ouvrage ou effectuer la restauration d'un tableau. Dans la seconde catégorie, on range les changements du lieu. La troisième comprend tous les autres cas de contrats d'ouvrage auxquels s'appliquent les dispositions du paragraphe 675.

Dans le contrat d'ouvrage, le BGB (§ 651) fait une distinction entre les choses fongibles³ et non fongibles. Lorsque l'entrepreneur doit fournir la matière pour l'exécution de l'ouvrage et lorsque ce dernier consiste en une chose fongible, il y a alors une vente. Cette distinction est sans utilité du point de vue des risques, car, selon le BGB et contrairement au CO⁴, les risques, dans la vente aussi bien que dans le contrat d'ouvrage, ne sont transférés qu'à la livraison.

Une autre caractéristique du BGB, c'est que le législateur allemand a établi des règles spéciales pour les résultats de nature immatérielle. Parmi ces règles spéciales, nous citerons le paragraphe 646, ainsi rédigé : « Lorsque, d'après la nature de l'ouvrage, la réception est exclue, l'achèvement de l'ouvrage dans les cas des paragraphes 638, 641, 644 et 645 remplace la livraison »⁵. Or, dans le CO, il n'y a pas de disposition semblable, mais nous croyons que l'application d'une règle analogue en droit suisse ne soulèverait aucune objection⁶.

Voici maintenant quelques exemples de contrats d'ouvrage selon le BGB : l'éducation d'un enfant, la fourniture de renseignements par

¹ § 90 : « Les choses, au sens de la loi, sont seulement les objets corporels ». Même idée chez Gierke : voir aussi Riezler, *Op. cit.*, p. 35.

² Crome : *Op. cit.*, p. 678, § 264.

³ Les choses fongibles sont « les choses mobilières que, dans les rapports d'affaires, il est d'usage de déterminer d'après le nombre, la mesure ou le poids » (§ 91).

⁴ En Suisse, si on peut admettre l'existence d'une vente dans ce cas (vente d'une chose future), les risques passent à l'acquéreur dès l'achèvement et l'individualisation de la chose (art. 185 al. 1 CO), tandis qu'en matière de contrat d'entreprise, les risques ne sont transférés que dès la livraison.

⁵ Traduction Bufnoir.

⁶ Voir Oser et Schöenberger : *Das Obligationenrecht*, art. 371, 1 B.

une agence ¹, les contrats souscrits par des impresarios qui s'engagent à organiser des spectacles, par des artistes pour donner une représentation ², la représentation de mimes, l'expertise, l'achat et la vente de papiers-valeurs en son propre nom mais pour le compte d'autrui ³. En Allemagne, l'envoi de télégrammes est considéré comme un contrat d'ouvrage, non par analogie avec un contrat de transport (car la communication au destinataire ne se fait pas par l'envoi d'un objet matériel et, par conséquent, n'est pas considérée comme un objet transportable aux termes du paragraphe 425 du code de commerce allemand), mais bien parce qu'il constitue réellement un contrat d'ouvrage. On considère aussi comme objet du contrat d'ouvrage l'exécution de travaux scientifiques, la traduction de livres et la préparation de réclames publicitaires ⁴.

En ce qui concerne le contrat de transport des choses et des personnes, nous avons constaté que la doctrine dans son ensemble le qualifie de contrat d'ouvrage ⁵, « dans la mesure où non seulement l'action de transporter, mais également l'arrivée des objets et des personnes transportés à leur lieu de destination sont pris en charge » ⁶. La jurisprudence de « Reichsgericht », citée par Staudinger, confirme la doctrine en ce qui concerne le transport des personnes. D'ailleurs, nous avons vainement recherché dans la doctrine une raison qui justifiait l'assimilation du transport à un contrat d'ouvrage. Une explication surprenante de cette attitude a attiré notre attention; c'est celle qu'en donne Dankwardt ⁷ qui affirme que le transport des choses constitue un contrat d'ouvrage en raison du travail effectué sur l'objet transporté, et qui a pour conséquence d'en changer la valeur. Cette argumentation est, selon nous, parfaitement insoutenable, car le résultat du transport, c'est-à-dire le déplacement d'une chose à tel endroit, ne se manifeste pas sur ou dans l'objet. De plus, le changement de valeur de la chose (que l'on veut présenter comme un trait caractéristique du transport) est un effet extérieur au contrat. Et l'on sait que l'engagement de transport est une convention dans laquelle n'entre pas en ligne de compte le résultat matériel d'un travail; autrement dit, le transport des choses est rangé parmi les ouvrages immatériels. Le transport doit donc être

¹ Voir Planck, § 631.

² Staudinger, § 631; Kosack : *Lehrbuch des D.B.R.*, I, p. 519.

³ Riezler : *Op. cit.*, p. 79.

⁴ Palandt, § 631.

⁵ Voir Dernburg, § 317; Endemann, § 173; Staudinger, § 631; Crome, p. 675, § 264. Le domaine des lois spéciales est réservé.

⁶ Enneccerus et Lehmann, § 150, I, l. c.

⁷ Dankwardt, cité par Trachsel dans sa thèse, p. 41.

considéré comme un contrat d'ouvrage, non parce que l'objet change de valeur, mais par le seul fait du changement de lieu; non par l'effet des facteurs économiques existants dans le lieu de destination, mais simplement en raison du déplacement de l'objet.

Ajoutons enfin, pour conclure, qu'en Allemagne on se voit obligé de faire entrer tous les résultats, matériels ou immatériels, et sans les restrictions admises en droit suisse, dans la catégorie des contrats d'ouvrage; on est, en effet, dans l'impossibilité de les considérer comme des mandats, en raison du principe de la gratuité de ce dernier contrat.

Section II

LE DROIT FRANÇAIS

Le système des conventions relatives au travail en droit civil français est fort malaisé à saisir. La réglementation du CCF témoigne d'une imprécision et d'un laconisme notoires qui, d'ailleurs, créent une confusion entre le mandat, la représentation et la procuration. Les règles applicables au louage de services (contrat de travail) sont insuffisantes¹. Quant aux dispositions du Code sur le louage d'ouvrage et d'industrie (contrat d'entreprise), appelé parfois improprement « louage d'ouvrage et d'industrie par suite de devis ou marchés », elles font apparaître une contradiction entre l'article 1787 et l'article 1711. En raison de cette surprenante imprécision des textes légaux, la doctrine est divisée et la jurisprudence se montre hésitante, voire même contradictoire, aussi bien en ce qui concerne les critères de distinction entre les diverses conventions du travail qu'au sujet de la qualification juridique des faits portés devant les tribunaux.

Contrairement au BGB, le trait distinctif du mandat en droit français ne réside pas dans le principe de la gratuité; sans doute, celle-ci est-elle demeurée la règle, mais le législateur lui-même a prévu, à l'article 1986, la possibilité de conclure des mandats à titre onéreux, la stipulation d'une rémunération pouvant être tacite ou expresse. Ainsi,

¹ Il faut rechercher un complément dans le code du travail et de la prévoyance sociale. M. Cuhe observe que le contrat de travail est « réglementé en quelques lignes..., par un code où l'organisation du cheptel des troupeaux s'étale en trente-deux articles ». P. Cuhe : *Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913, p. 412.

la gratuité du mandat peut être écartée par la convention sans que celle-ci change de nature.

En droit français, l'essence du mandat réside dans la représentation juridique du mandant par le mandataire. Ce dernier accomplit des actes juridiques, établit des contrats, effectue des paiements, engage des négociations pour son mandant. Cela ressort clairement du texte de l'article 1984 qui prévoit : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom. » Or, la rédaction de cet article a suscité un concert de critiques de la part des juristes français ^{1, 2}.

Selon le Code civil, l'objet du mandat est toujours un acte juridique accompli par le mandataire et fait par voie de représentation directe. Le mandat ne peut donc porter que sur des actes juridiques et non sur des actes matériels. La doctrine est presque unanime sur ce critère du mandat ³. Il y a mandat, dit Laurent, « quand le débiteur fait un acte pour le créancier qu'il représente à l'égard des tiers avec lesquels il traite au nom de celui qui l'a chargé de le représenter; le débiteur qui loue ses services ou qui s'oblige à faire un ouvrage travaille, il est vrai, pour le maître, mais il ne le représente pas, il n'agit pas en son nom » ⁴.

Seuls, Colin et Capitant font exception dans la doctrine française. Pour ces auteurs, le critérium d'après lequel le mandat aurait pour objet l'accomplissement d'actes juridiques tandis que le louage de services consisterait à faire des actes non juridiques doit être purement et simplement écarté parce que le fait que le mandataire agit comme représentant, c'est-à-dire au nom du mandant, ne constitue pas « un caractère essentiel » mais un « caractère ordinaire » du mandat, et de

¹ Marty : *Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom*, Thèse Montpellier 1937, p. 25.

² Il n'y a pas dans le Code civil, de théorie générale de la représentation; et la doctrine, se conformant à l'attitude adoptée par les auteurs du Code, ne consacre pas, en général, d'étude systématique à cette institution. En France, on étudie la représentation à propos du mandat, et encore cette étude ne porte-t-elle que sur les effets de la représentation.

A part quelques auteurs qui, dans la partie générale, ont fait place à la théorie de la représentation. Citons ainsi : le *Traité de droit civil* de Colin et Capitant, t. I, p. 88 ss; le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, t. IV, p. 70, § 2; l'*Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations de Pilon*, Thèse Caen 1897; le *Traité élémentaire de Ripert*, t. II, pp. 117-153.

³ Planiol et Ripert : *Traité pratique*, 2^e éd., t. XI, n^{os} 775 et 1430; Josserand : *Cours de droit civil*, II, n^o 1400; Baudry-Lacantinerie et Wahl, n^o 577; Beudant : *Cours de droit civil français*, 2^e éd., 1947, t. XII, n^o 288; Falque Pierrotin : *Les éléments constitutifs du mandat*, Thèse Caen 1933, p. 26; Aubry et Rau, t. VI, 5^e éd., p. 155; R. Savatier, J.-M. Aubry, J. Savatier et H. Péquignot : *Traité de droit médical*, Paris 1956, n^o 238; Aubry et Rau : *Droit civil français*, par P. Esmein, 1951, t. VI, § 410.

⁴ Laurent : *Principes de droit civil*, t. XXVII, 3^e éd., p. 374.

plus, l'article 1984 alinéa 1 prévoit que le mandat consiste dans le pouvoir de faire « quelque chose » pour le mandant. La différence entre le mandat et le louage de services réside, selon ces deux auteurs, dans le fait que « le louage de services établit une subordination du salarié à l'employeur auquel appartient la direction du travail, tandis que le mandataire conserve son indépendance, la liberté de conduire comme il l'entend l'affaire dont il s'est chargé » et, ajoutent-ils, il existe une sorte de subordination économique entre le salarié et l'employeur¹. Ce point de vue nous semble inacceptable, car s'il est vrai que les termes « faire quelque chose » peuvent évoquer une activité matérielle, il est également certain que cette expression ne doit pas être interprétée dans un sens trop strict, le mot « chose » représentant une notion d'ordre général. Dans l'article 1984, il faut donc mettre l'accent non pas sur l'expression « faire quelque chose », mais sur les termes « le pouvoir de faire ». Colin et Capitant eux-mêmes reviennent sur leur avis lorsqu'il s'agit de trouver le critère de la distinction entre le mandat et le louage d'ouvrage puisque, dans le contrat d'ouvrage comme dans le mandat, l'indépendance de l'entrepreneur et du mandataire forme un élément fondamental, et, disent-ils, « il convient de s'attacher à l'idée de représentation » et d'adopter cette idée comme critérium du mandat.

D'après l'article 1984, le mandat est essentiellement représentatif (représentation directe), mais est-ce là la seule forme possible de mandat en droit français ? Le mandataire ne peut-il agir pour le compte du mandant mais en son propre nom ? Certains auteurs² n'interprètent pas cet article d'une manière restrictive et affirment qu'il ne vise qu'une seule des formes du mandat, celle du mandat représentatif à côté de laquelle il existe un mandat sans représentation ou mandat au sens large, comme la convention de prête-nom en matière civile et la commission en matière commerciale, où le mandataire agit en son nom personnel. La convention de prête-nom est le contrat par lequel une des parties, le prête-nom, s'engage à agir en son propre nom, mais pour le compte de l'autre contractant sans dévoiler sa qualité de représentant lorsqu'il traite avec le tiers³. L'acte juridique fait par le moyen

¹ Colin et Capitant : *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, n° 701 et 925.

² Josserand : t. II, n° 1432; Planiol, Ripert et Savatier : *Traité pratique*, t. XI, n° 1427, et *Traité élémentaire*, t. II, n° 3019 : « La définition de l'article 1984 ne convient donc qu'à une seule variété, au mandat ostensible, au mandat représentatif et pour l'étendre il conviendrait de dire que le mandant charge le mandataire d'agir en son lieu et place, l'emploi du procédé représentatif pouvant bien servir à distinguer deux variétés de mandats, mais ne devant pas figurer dans une définition générique du contrat. »

³ Beudant : t. XII, n° 337.

d'un prête-nom produit ses effets entre les parties contractantes, le prête-nom et le tiers. Une transmission des droits et des obligations sera nécessaire pour que le rapport juridique produise ses effets dans la personne du commettant. La commission en droit commercial peut aussi être qualifiée de mandat sans représentation, mais ce qui la distingue du prête-nom, c'est que la commission est un mandat ostensible, le commissionnaire étant, selon l'expression de Josserand, « un mandataire avoué »¹. Les parties contractantes savent parfaitement que derrière le commissionnaire il y a une autre personne pour le compte de laquelle l'acte juridique a été fait et, cependant, le rapport de représentation ne se manifeste pas parce que les tiers ont pris en considération la personne et la solvabilité du commissionnaire.

Certains auteurs ont cru pouvoir détruire l'opinion ainsi dominante, en prétendant qu'il existait un mandat non représentatif². M. Camille Marty, l'un des partisans de la nouvelle tendance, affirme que « par une étude de texte assez laborieuse, on arrive à prouver que mandat et représentation coexistent dans le même texte, mais non que la représentation est essentielle au mandat » (p. 29). Il qualifie le mandat sans représentation de commission civile et la distingue du prête-nom par le fait que « la commission civile est un mandat non représentatif dans lequel la qualité du mandataire est connue du tiers ». Cette notion portera, selon lui, « surtout sur des actes juridiques puisqu'elle est un mandat, mais elle englobera les opérations matérielles que nécessitera l'exécution de ce mandat. Elle n'aura pas d'ailleurs un caractère exceptionnel... Mais il faudra se garder de la confondre avec le prête-nom »³. La thèse la plus importante de cet auteur est que « les actes accomplis par le mandataire peuvent être matériels aussi bien que juridiques »⁴.

En soutenant l'existence d'un mandat non représentatif qui englobe l'accomplissement non seulement des actes juridiques mais encore des actes matériels, et, en rejetant le critère basé sur la nature des actes accomplis consistant dans le fait que le mandataire effectue « essen-

¹ Josserand : t. II, n° 1433.

² Camille Marty : *Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom*, Thèse Montpellier 1937, p. 17; Flattet : *Les contrats pour le compte d'autrui*, Thèse Paris 1950. Cependant, l'exposé fait par ce dernier auteur ne touche pas directement le sujet auquel nous nous attaquons, car il s'occupe du mandat sans représentation, supposant l'existence d'un tiers contractant avec un interposé. L'auteur traite le sujet débattu comme un moyen pour conclure des contrats pour le compte d'autrui. Voir spécialement p. 245-247.

Dans son étude consacrée à la représentation indirecte, M. Jacques Droin constate que « ... la théorie française du mandat sans représentation est désormais fixée et a tendance à rejoindre celle de la représentation indirecte du droit suisse ». *La représentation indirecte en droit suisse*, Genève 1956, p. 26-31.

³ Marty : *Op. cit.*, p. 44.

⁴ Idem, p. 30.

tiellement des actes juridiques », cette nouvelle tendance de la doctrine française tombe dans une impasse dont elle ne pourra pas sortir. L'opinion dominante selon laquelle le mandat est essentiellement représentatif est ainsi rejetée : nous ne voyons pas alors où se trouve le critère qui distingue le mandat du contrat de louage d'ouvrage en droit français. Elle rejette une distinction simple et sûre, basée sur la nature des actes accomplis (actes juridiques ou matériels), pour retourner à d'anciennes conceptions arbitraires que les législations modernes ont catégoriquement écartées. C'est précisément ce qu'a fait M. Marty lorsqu'il s'est efforcé de trouver le critère distinctif du mandat et du louage d'ouvrage dans « la qualité des services rendus ». « Le mandat, dit-il, qu'on le veuille ou non, renferme une idée de précellence, et c'est pourquoi on l'a appliqué de tout temps aux professions dites libérales. Cela ne veut pas dire, comme certains auteurs ont eu le tort de l'admettre, que de telles professions sont gratuites par essence : non..., au contraire, la gratuité est un élément accessoire au mandat, mais on ne saurait faire une assimilation entre les services d'un médecin, d'un avocat... et ceux d'un ouvrier quelconque »¹. Ainsi, les partisans de cette tendance, en voulant faire progresser le droit français et en forçant les textes légaux afin qu'ils puissent suivre la marche des autres législations, se livrent à des conceptions que les législations modernes ont absolument repoussées.

La distinction du mandat et du louage d'ouvrage présente un intérêt capital. Le mandataire est tenu, outre son obligation principale d'accomplir l'acte juridique dont il est chargé, de rendre compte de sa gestion. Alors que le locateur d'ouvrage n'a pas le droit de recevoir une indemnité pour les dommages qu'il a subis pendant ou à l'occasion de l'exécution de ses obligations, le mandataire peut exiger, en vertu de l'article 2000 du Code civil, une indemnité complète. Le louage d'ouvrage ne peut être résilié ad nutum sans indemnité par l'un ou l'autre des contractants, le mandat peut, en revanche, être révoqué librement par le mandant, selon l'article 2003, et résilié par le mandataire sous certaines conditions mentionnées à l'article 2007. Le louage d'ouvrage ne prend fin par la mort du maître que lorsque le contrat a été conclu en considération de la personne du maître, le mandat cesse toujours par la mort du mandant (art. 2003). Enfin, l'aspect le plus intéressant de la distinction entre ces deux contrats est le pouvoir de réduire les

¹ Marty : *Op. cit.*, p. 53. Voir encore p. 177 : l'auteur considère le mandataire comme une personne effectuant des actes d'une essence supérieure à celle des actes effectués par tout autre contractant. Selon lui, le contrat liant l'avocat à son client est un mandat sans représentation ou une commission civile (p. 117 et 123). Même idée en ce qui concerne le médecin, p. 168.

honoraires que les tribunaux se reconnaissent dans les cas où il y a un contrat de mandat.

La jurisprudence ne semble pas suivre l'exemple de la doctrine au sujet de la distinction entre actes juridiques et actes matériels comme critère de la détermination du mandat. Au cours du XIX^e siècle, elle qualifiait de mandat les services des personnes exerçant des professions libérales : médecins, avocats, professeurs, car, suivant la tradition romaine, les arts libéraux ne pouvaient pas constituer l'objet d'un louage d'ouvrage en vertu de la supériorité de tels actes sur les travaux purement manuels¹. D'autre part, l'exercice d'une profession libérale était jugé incompatible, en raison de l'indépendance d'une telle profession, avec l'idée d'un louage de service, étant donné que ce dernier est, en droit français, la convention par laquelle une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la direction d'une autre personne moyennant une rémunération². Le mode de rétribution qui n'est pas une caractéristique du louage de service³, n'est cependant pas sans importance pour la distinction entre ce dernier contrat et le louage d'ouvrage.

Ripert et Boulanger considèrent le mode de rémunération comme le critère de distinction entre ces deux contrats. Selon eux, dans le louage de service, la rémunération doit être calculée « proportionnellement au temps » du travail fourni, tandis que dans le louage d'ouvrage, elle est fixée d'après « l'importance du travail »⁴. Il s'ensuit que, d'après la théorie de Ripert, les tâcherons, ceux qui travaillent à la tâche, sont considérés comme des locateurs d'ouvrage.

La jurisprudence actuelle⁵, après s'en être tenue pendant longtemps au mode de rétribution du travail⁶ comme critère de distinction du louage d'ouvrage et du louage de service, a fini par prendre en considération dans ce but la subordination de l'employé à l'employeur. Le salarié (le locateur de service) est, selon la jurisprudence et la majorité de la doctrine, celui qui travaille sous la dépendance et la subordination d'un patron ou d'un entrepreneur. On ne peut donc pas considérer les ouvriers travaillant aux pièces et les tâcherons comme des locateurs d'ouvrage pour le seul motif que ce mode de rétribution

¹ Un arrêt récent témoigne de l'évolution de la jurisprudence; il y est en effet jugé que « la conduite d'une automobile pourrait faire l'objet d'un mandat », Civ., 4 décembre 1945, J.C.P. 1946, 2.3110; cité par Planiol, Ripert et Rouast : *Traité pratique*, t. XI, n° 1427, note 2.

² Jossierand, II, n° 1259.

³ Baudry Lacantinerie et Wahl, t. II, n° 3865; Aubry et Rau, t. V, p. 419; Savatier : *Cours de droit civil*, n° 839.

⁴ Ripert et Boulanger : *Traité élémentaire*, II, n°s 2935, 2987 et 2988.

⁵ Ripert et Boulanger : *Op. cit.*, n° 2991.

⁶ Dalloz, N. : *Répertoire*, t. II, 1948, note sur le louage d'ouvrage, p. 1012/13.

ne fait point disparaître l'état de dépendance et de subordination dans lequel se trouvent ces ouvriers à l'égard de leur employeur.

En application des principes énoncés ci-dessus, l'avocat, devant certaines juridictions ¹, est le mandataire de ses clients mais, devant les tribunaux de première instance et les cours d'appel, la présence de l'avoué est nécessaire et c'est ce dernier qui représente ses clients. Par conséquent, l'avocat qui fait une plaidoirie ou donne une consultation juridique ne peut pas être considéré comme mandataire parce qu'il n'agit pas au nom de son représenté ², la plaidoirie n'étant pas, en effet en elle-même, un acte juridique. La doctrine récente qualifie l'avocat qui promet de faire un plaidoyer ou de donner une consultation juridique de locateur d'ouvrage (contrat d'entreprise) ³. Le notaire, en tant qu'il s'occupe de la rédaction d'actes n'accomplit pas un acte juridique et son rôle est, en réalité, purement matériel. Il doit donc être considéré comme un locateur d'ouvrage.

Quant au médecin, la doctrine est aujourd'hui presque unanime pour affirmer que ses services peuvent constituer l'objet d'un louage de service ou d'ouvrage, mais non pas un mandat vu l'absence de caractère représentatif dans ces services ⁴. La jurisprudence est contradictoire

¹ Les conseils de préfecture, les juges de paix, la juridiction répressive, par exemple.

² Baudry-Lacantinerie et Wahl, n° 378; Aubry et Rau, VI, § 410, note 2 bis, p. 155; Planiol et Ripert; Rouast et Savatier : *Traité pratique*, t. II, n°s 909 et 1433.

³ En revanche, un avoué est mandataire parce qu'il représente son client en justice. On objecte à cette conception que « l'avocat peut faire abandon d'une cause qu'il a déjà acceptée d'une façon formelle, et qu'il ne peut, de ce fait, encourir une condamnation à des dommages. Pareille liberté ne saurait être dévolue à l'entrepreneur... ». Marty : *Op. cit.*, p. 96.

⁴ Selon M. Savatier, la nature du louage de services s'oppose en général aux professions libérales, telles que celle du médecin, de l'écrivain, de l'avocat et des artistes. Il affirme, qu'il ne semble pas possible d'appliquer aux membres des professions libérales les règles des articles 1787 ss du Code civil concernant le louage d'ouvrage par suite de devis et marchés. Les règles du mandat ne sont pas applicables à cause de la défaillance de la représentation juridique dans ces actes; il déclare, en conclusion, que « le travail indépendant des membres d'une profession libérale n'est point régi par aucun des contrats nommés par le Code. Il obéit simplement au droit commun des conventions et aux usages de la profession », t. II, 1944, n° 839.

Dans leur traité consacré au droit médical, MM. R. Savatier et autres, après avoir réfuté la « tentative artificielle » d'assimiler à un mandat le contrat passé avec un médecin, ainsi que la thèse qui voit un louage de services dans le contrat médical, s'élèvent contre la qualification, pour ce contrat, de louage d'ouvrage. « Quand on examine, disent-ils, les règles légales du contrat d'entreprise, on s'aperçoit qu'elles demeurent inapplicables aux membres des professions libérales, et particulièrement aux médecins. » A leur avis, la plupart des caractères du contrat d'entreprise (engagement irrévocable ne cessant pas par la mort et dont l'exécution n'est pas nécessairement personnelle, promesse d'atteindre un résultat déterminé) sont directement opposés à ceux du contrat médical. Ils concluent à la qualification, pour ce contrat, de contrat « sui generis ». M. R. Savatier et autres : *Traité de droit médical*, Paris 1956, n° 238.

sur ce point; en se fondant sur l'idée de l'incompatibilité de la subordination avec les particularités de la profession, elle a longtemps refusé d'admettre que le médecin puisse être assimilé à un salarié¹, mais plusieurs arrêts semblent déroger à ce principe et admettent la possibilité de conclure un louage de service avec un médecin². Un jugement du tribunal de Marseille déclare notamment : « Le médecin qui s'engage à l'égard d'un groupement à soigner tout ses adhérents moyennant un tarif forfaitaire ou, à l'égard d'une compagnie d'assurance, à examiner les personnes désireuses de souscrire une police d'assurance-vie ou les victimes d'un accident dont la compagnie aurait garanti le risque, est un locateur d'ouvrage³. D'autres arrêts se refusent à reconnaître dans ce cas une forme de louage ou de mandat en précisant que « le contrat qui lie le médecin à son client est un contrat *sui generis* ne rentrant dans le cadre d'aucun des contrats du droit civil » et qu'« en particulier, ce n'est pas un louage d'ouvrage ou de service »⁴.

L'architecte, selon la doctrine, conclut un louage d'ouvrage, sauf dans les cas où il représente le propriétaire (lorsqu'il est chargé du règlement des mémoires des entrepreneurs pour le compte de son client). Quant à la jurisprudence, elle voit dans l'architecte « chargé de dresser les plans d'une construction et de diriger les travaux, un mandataire du propriétaire »⁵ et pourtant, le fait de dresser les plans est un acte matériel ne comportant aucun caractère représentatif dans le sens du Code civil.

Enfin, sont considérés comme mandataires, en droit français, l'avoué, l'agréé, l'agent de change, l'administrateur de société anonyme, le syndic de faillite, le liquidateur⁶.

Quant à l'objet du louage d'ouvrage, il ne faut pas croire que le caractère matériel ou tout autre caractère semblable soit indispensable pour établir la notion de l'ouvrage en droit français; il suffit, à cet égard, de se rappeler que la doctrine considère que le plaidoyer de

¹ Un arrêt de la Cour de Douai, du 16 mai 1936, illustre nettement l'exclusion de la thèse de louage de service lorsqu'il déclare : « Attendu que la profession de médecin est incompatible avec la qualité de préposé dans le sens de l'article 1384. Qu'en effet, un médecin ne peut renoncer valablement à son indépendance professionnelle. Qu'en conséquence, l'administration des hospices ne pouvait avoir sur le docteur B..., ni autorité ni pouvoir pour intervenir dans le service dont il est chargé... » Arrêt cité par M. Marty : *Op. cit.*, p. 155.

² Senellard, Raymond : *Des contrats de louage de service passés par les médecins*, Thèse Lille 1939, p. 79 ss.

³ Marseille, 20 janvier 1900, Rec. Marseille 1900. I. 137; voir Senellard, p. 72.

⁴ Civ. 13 juillet 1937, D.H. 1937; Civ. 3 mars 1926, D.P. 1926. 193, note M. Flacimaigne.

⁵ Paris, 9 mars 1927, D.P. 1930. I. 169, note M. Mienvielle.

⁶ Planiol, Ripert et Savatier : *Traité pratique*, t. 11, n° 1430.

l'avocat, le traitement effectué par le médecin et une partie de l'activité de l'architecte relèvent du domaine du louage d'ouvrage.

Cependant, les textes légaux concernant le louage d'ouvrage renferment une contradiction : aux termes de l'article 1711, il y a louage d'ouvrage « lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait ». On peut en déduire que, dans le cas contraire, c'est-à-dire, dans le cas où la matière est fournie par le locateur, il y a vente; mais l'article 1787 a un sens plus général que le précédent et prévoit que « lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie ou bien qu'il fournira aussi la matière »¹.

La doctrine est divisée sur la qualification juridique du contrat par lequel une des parties fournit, outre sa façon, la matière principale de l'ouvrage². De cette hypothèse, il faut toutefois exclure les conventions portant sur la construction d'immeubles, car il ne s'agit là que de simples louages d'ouvrage. Aubry et Rau affirment qu'il y a un contrat mixte dans le cas de la confection d'un ouvrage mobilier lorsque la matière principale est fournie par le locateur et que ce contrat est successivement un louage et une vente; suivant ces auteurs, « jusqu'au moment de la réception de l'ouvrage, les rapports des parties sont principalement régis par les règles de louage et celles de la vente deviennent applicables à partir de ce moment »³. Cette idée nous paraît étrange, car il est difficile d'admettre que le contrat change de nature du fait de son exécution.

De son côté, Rouast considère cette convention comme un contrat mixte de louage et de vente : « La solution de la difficulté, écrit M. Rouast, ne consiste pas à éliminer la vente au profit de l'entreprise ou réciproquement mais à combiner deux contrats qui existent réellement. On est en présence d'un contrat mixte qui se décompose en deux contrats distincts et les réunit dans une même opération économique. Le contrat dans lequel l'ouvrier fournit la matière est à la fois une entreprise et une vente et produit les effets combinés des deux contrats »⁴.

Un autre auteur⁵ a proposé d'admettre dans ce cas l'existence d'un contrat innomé qu'il appelle « le marché à façon », mais cette idée,

¹ Tel est le cas d'un marché à forfait pour la construction d'un navire ou d'un avion, lorsque le locateur fournit aussi les matériaux.

² Lorsque le locateur se contente de fournir une matière accessoire, le contrat reste toujours un louage d'ouvrage.

³ Aubry et Rau : *Droit civil français*, t. V, § 374, note p. 655.

⁴ Planiol, Ripert et Rouast : *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, n° 912, 2^e éd., 1954.

⁵ David, François : *Le marché à façon*, Thèse Paris 1937, p. 42.

ingénieuse en soi, est loin de résoudre toutes les questions qui se posent en cette matière.

Quant à la jurisprudence, elle est, aux dires de M. David, contradictoire : un certain nombre d'arrêts qualifient ce contrat de louage d'ouvrage¹, tandis que d'autres y voient une vente à livrer² où la chose reste la propriété du locateur jusqu'au moment de la livraison.

Sont considérés comme un louage d'ouvrage, en France, le contrat d'édition, le contrat de représentation d'une pièce théâtrale ou de projection d'un film, le contrat pour l'exécution d'un concert ou d'un chant. L'entrepreneur de spectacles passe plusieurs espèces de contrats : avec les artistes, un contrat de louage de services; avec l'auteur de la pièce ou de l'œuvre musicale, un contrat de représentation; quant au contrat conclu entre l'entrepreneur et le public, il est qualifié de louage « lorsque le contrat ne comporte de la part de celui qui traite avec le public aucune obligation de faire », tandis que dans le cas contraire, il y a louage d'ouvrage³. Dans le contrat de publicité, il faut distinguer entre le contrat conclu entre l'annonceur et le propriétaire d'un mur ou d'un terrain, contrat qui est considéré comme un louage de chose réglé par l'article 1709, et la publicité par la voie de la presse, qui est un véritable louage d'ouvrage⁴.

Quant au contrat de transport des personnes, l'article 1779 du Code civil déclare qu'il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie, parmi lesquelles on cite le louage des voituriers par terre et par eau qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises. Cependant, une lecture plus attentive des dispositions concernant cette forme de louage (art. 1782 à 1786) nous montre qu'il ne s'agit là que du transport de marchandises, car il n'est fait mention nulle part du transport des personnes. En effet, le législateur ne s'est pas préoccupé du transport des voyageurs, mais seulement de celui des marchandises et les codes français, civil et commercial, portent, comme le dit M. Josserand⁵ « la marque d'une époque où les choses, plus précieuses que les personnes retenaient plus que celles-ci l'attention du législateur et des pouvoirs publics ».

¹ *Ibidem*, p. 22.

² Civ., 20 mars 1872, D.P. 72.

³ Planiol, Ripert et Rouast : *Traité pratique*, 11, n° 970.

⁴ Parmi les diverses solutions proposées, une théorie a attiré notre attention, celle du journal-mur, où l'on considère le journal, tout au moins pour les feuilles consacrées aux annonces, comme un mur dont le propriétaire louerait aux annonceurs des emplacements. Voir J. de Puybusque : *Le contrat de publicité*, Thèse Toulouse 1936, p. 70.

⁵ Josserand : *Les transports en service intérieur et en service international*, 2^e éd., 1926, p. 821.

Le Code civil considère le contrat de transport comme une simple variété du louage d'ouvrage et d'industrie. De nos jours, il est pratiqué par des entreprises commerciales constituées sous forme de sociétés. Il peut arriver, certes, que le contrat de transport ait un caractère civil, mais, à vrai dire, ce genre de transport n'a aucune importance économique. D'autre part, le Code de commerce ne contient pas une meilleure réglementation que le Code civil : il n'a prévu, à l'article 632, que le transport par terre ou par eau, mentionne le voiturier dans un titre consacré aux gages et aux commissionnaires (art. 103 à 108), confond le commissionnaire de transports et le transporteur (art. 96 à 102) et, enfin, ne dit rien du transport des voyageurs.

Ripert et Boulanger s'en tiennent aux dispositions de l'article 1779 du Code civil et considèrent le contrat de transport des voyageurs comme un contrat d'entreprise, mais précisent qu'il y a lieu de le distinguer du transport des marchandises ¹.

Josserand déclare dans son étude du contrat de transport, restée d'ailleurs la base de tous les essais écrits postérieurement par plusieurs auteurs, que « le transport des voyageurs rentre, comme le transport des marchandises, dans la grande catégorie du louage d'ouvrage et, plus spécialement, dans celle d'entreprise; celui qui l'effectue habituellement est qualifié par les textes législatifs et par le langage usuel d'entrepreneur, sans qu'on distingue suivant que son activité s'exerce au profit de personnes ou qu'elle porte sur des choses et, en effet, dans la première de ces éventualités aussi bien que dans la seconde, on voit ce transporteur accomplir des prestations d'un ordre déterminé moyennant une rémunération qui est fixée ² non point proportionnellement à la durée du travail mais bien à forfait, c'est-à-dire, dans des conditions caractéristiques de la *locatio operis*, et, plus précisément, de la moderne opération d'entreprise » ³. Après avoir assimilé le transport des voyageurs au transport des marchandises du point de vue de leur nature juridique, Josserand indique qu'il faut cependant faire une distinction entre ces deux sortes de transport car, dans le premier, on ne peut faire intervenir, même d'une façon atténuée, la notion de dépôt et, par conséquent, l'article 1782 qui soumet les voituriers « aux mêmes obligations que les aubergistes » ne saurait être appliqué.

Escarra et Rault définissent le contrat de transport comme « le contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une personne à

¹ Ripert et Boulanger : *Traité élémentaire*, 3^e éd. 1949, t. II, p. 914, n° 3014.

² Nous voyons là une tendance à l'établissement d'une distinction entre les conventions du travail selon le mode de rémunération.

³ Josserand : *Les transports*, n° 817.

conduire d'un lieu à un autre, par un mode de locomotion déterminé, une marchandise ou une personne moyennant un certain prix »¹. Pour eux, l'assimilation du contrat de transport au mandat est aujourd'hui complètement abandonnée; en outre, ce contrat ne peut pas non plus être confondu avec le louage de services, car celui-ci suppose un lien de subordination que le transporteur ne peut accepter envers le voyageur ou l'expéditeur. Ils ajoutent que le Code civil traite du contrat de transport à propos du louage d'ouvrage, mais qu'il faut aller plus loin et ranger le contrat de transport au nombre des contrats d'entreprise — simple variété du louage d'ouvrage — caractérisés par l'indépendance de l'entrepreneur à l'égard de celui avec qui il traite. L'assimilation du transport des personnes au transport des marchandises souffre cependant une limitation d'ordre matériel et juridique, non dans le domaine de la nature juridique, mais dans celui de l'exécution du contrat, en raison de l'intervention nécessaire du voyageur dans l'exécution; de plus, on « ne saurait oublier que la personne humaine ne peut être traitée comme un simple colis »².

M. Ripert se prononce dans le même sens en faisant rentrer le transport des personnes dans la catégorie des contrats d'entreprise et en affirmant que le trait essentiel du contrat de transport est le déplacement de choses ou de personnes³.

En ce qui concerne les transports aériens, l'article 45 de la loi du 31 mars 1924 « relative à la navigation aérienne » les assimile aux transports par terre et par eau⁴; d'un autre côté, des règles spéciales sur le contrat de transport par mer appelé affrètement ou nolisement, se trouvent dans les articles 273 à 310 du Code de commerce.

¹ J. Escarra, E. Escarra et J. Rault : *Traité théorique et pratique de droit commercial, les contrats commerciaux*, n° 820.

² On a prétendu que le transport des personnes revêt le caractère d'un louage de choses, puisqu'il implique la location d'un emplacement affecté à l'usage du voyageur, plus particulièrement lorsque celui-ci retient une place numérotée. Mais on peut objecter que l'essence du contrat de transport n'est pas dans la location mais dans le changement de lieu.

³ Ripert, Georges : *Droit commercial, Traité élémentaire*, 2° d., 1951, n° 2411. M. Paul Durand, dans son *Traité de droit du travail* affirme que « le contrat de louage des voituriers et celui des entrepreneurs ne se distinguent pas. Tous deux répondent à une même notion : celle du louage ou contrat d'entreprise ». P. Durand : *Traité de droit du travail*, Paris 1950, tome II, n° 125.

⁴ Par un jugement rendu le 31 mars 1952, le tribunal de justice de paix du 19° arrondissement refusa d'appliquer les règles de la responsabilité du transporteur mentionnées à l'article 108 du Code de commerce et reprises à l'article 45 de la loi du 31 mai 1924, dans le cas du transport d'un cadavre, étant donné que celui-ci « ne peut pas être assimilé à une marchandise bien que les tarifs puissent être semblables ou même identiques quant au poids et à la dimension ». *Revue française de droit aérien*, 7° année, 1953, p. 495.

Pour conclure cet examen du droit français, disons que le système des conventions du travail restera assez confus en France tant que le législateur n'interviendra pas en formulant des critères précis.

Section III

L'OBJET DU MANDAT ET DU CONTRAT D'ENTREPRISE EN DROIT SUISSE

§ 1. *L'objet du mandat*

La notion d'affaire et la notion de service.

A. *Le droit suisse avant 1912 et les répercussions de l'élément distinctif du contrat de travail dans l'actuel CO sur la notion des autres conventions de travail.*

Dans le CO de 1881, le mandat avait pour objet « la gérance d'une affaire » et le contrat de travail, appelé à l'instar du CCF, louage de services, une prestation de « services personnels » (art. 338 et 392 de l'ancien CO). D'autre part, le mandat à titre onéreux se distinguait du contrat de travail, non par l'élément de temps, ainsi qu'il en est dans le CO actuel, mais d'après la nature du travail effectué par l'un des contractants pour l'autre.

La doctrine suisse d'avant 1912 était divisée au sujet de la délimitation des termes « affaire » et « service », car les dispositions légales ne permettaient pas d'établir une distinction suffisamment nette entre les objets de ces deux espèces de conventions de travail. L'activité d'un intermédiaire en vue de la conclusion d'un contrat (courtage) se trouvait, malgré l'existence de la notion d'affaire, exclue du domaine du mandat lorsque l'intermédiaire s'était engagé de façon durable au service de l'autre contractant (interprétation *a contrario* de l'article 405 alinéa 1 ancien CO). Par contre, plusieurs genres de travaux étaient assimilés au contrat de travail, qui pourtant réalisent la notion de l'« affaire »; il s'agissait, par exemple, de l'activité des fondés de procuration et des mandataires commerciaux dans les commerces ou les banques, qui font des actes juridiques (affaires) au nom de leurs

employeurs (art. 427 et 428) ¹. Si les dispositions légales et la pratique qualifiaient ces personnes comme locateurs de services et non comme mandataires, c'était parce que plusieurs règles du mandat, telles que la révocation ou la répudiation, ne pouvaient s'appliquer sans inconvénient à des liens juridiques exigeant une certaine continuité. Or, il n'était guère possible de distinguer de façon sûre, en se basant sur le texte légal, si la convention de travail (*Arbeitsvertrag*) ayant pour objet le soin d'une affaire (*Geschäftsbesorgung*) était un contrat de travail ou un mandat onéreux ².

Selon Rossel ³, la distinction essentielle du mandat et du contrat de travail se fait d'après le principe suivant : « le mandataire s'oblige à gérer selon la volonté du mandant » et, ajoute l'auteur, « au nom de celui-ci ». D'après lui, le mandat ne comprend que l'accomplissement des actes juridiques pour le compte du mandant et en son nom, tandis que dans le contrat de travail, le locateur de services agit pour le compte du maître et non pas en son nom. Il s'ensuit que les avocats, les notaires, les médecins, tous ceux qui exercent une profession libérale, concluent des contrats de travail et non des mandats, sauf dans les cas où la notion de la représentation juridique directe intervient dans leurs actes. Cette idée est parfaitement juste, à notre avis, pour ce qui est du droit français, mais non du droit suisse. Le terme « affaire », selon le droit suisse antérieur à 1912, ne signifiait pas seulement l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte d'autrui, mais pouvait encore comprendre certains actes matériels. Toutefois, cette notion n'est pas semblable à celle du BGB qui a un sens plus large ⁴. L'interprétation de Rossel est, de plus, en contradiction avec le texte même de la loi (art. 427 et 428) qui prévoyait que l'activité consistant dans l'accomplissement d'un acte juridique (impliquant l'idée de représentation) pouvait tomber sous les règles du contrat de travail.

Nous ne pouvons accepter, d'autre part, le critère formulé par Jacottet ⁵ qui distingue le mandat onéreux des autres conventions relatives au travail d'après le principe de la résiliation unilatérale et arbitraire appartenant, dans le mandat, à chacune des parties contractantes; cette distinction se base, en réalité, sur les effets du rapport

¹ Suter : *Der entgeltliche Auftrag*, Bern 1907, p. 24. Voir également de Torrenté : *La dernière revision du Code fédéral suisse des obligations et l'objet du contrat d'entreprise*, Thèse Lausanne, 1926, p. 7 et 8.

² Nous croyons que l'expression « *Geschäftsbesorgung* » est la plus technique pour désigner l'activité du mandataire; on ne peut la traduire par « gestion d'affaire », puisque celle-ci fait l'objet du titre quatorzième.

³ V. Rossel : *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1892, n° 514.

⁴ Voir plus haut, p. 29 ss.

⁵ Jacottet : *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1884, p. 235.

juridique et non sur la nature et l'essence mêmes du contrat. Hafner ¹ affirmait que le mot « affaire » qui constitue l'objet du mandat, comprenait, outre les actes juridiques, les opérations de fait qui ont un rapport avec la formation ou l'exécution de conventions ayant un caractère (*vermögensrechtliche Verträge*).

L'idée qui a prévalu dans la doctrine d'avant 1912 était que la « *Geschäftsbesorgung* » comprenait, outre l'accomplissement d'actes juridiques dans l'intérêt d'autrui, l'exécution de certains actes purement matériels (*reinfaktische Handlungen*). Cette idée était renforcée par le texte même de la loi, car le législateur ne disait pas à l'article 392 de l'ancien CO, « une affaire juridique » mais tout simplement « une affaire ». Suter, auteur d'une importante étude sur le mandat onéreux en Suisse ², se réfère à Lotmar pour distinguer entre les actes matériels qui peuvent réaliser la notion d'affaire et les autres actes matériels, en se basant sur la signification que l'on donne aux expressions « affaire » et « service » dans le langage courant (*im gemeinen Sprachgebrauch*). Ce critère, dans l'idée de l'auteur, permet d'exclure de la notion d'affaire de nombreux actes ayant une nature purement matérielle. En particulier l'affaire ne saurait comprendre les actes suivants :

- a) labourer, creuser, faucher et battre;
- b) la confection, la transformation ou la réparation d'une chose;
- c) l'activité qui se manifeste « sur ou à l'occasion » de la personne du stipulant, comme le travail du coiffeur, le traitement médical, l'opération chirurgicale et le transport de personnes par voiture ou bateau ³.

L'activité du médecin, du musicien et du peintre ne constitue donc pas une affaire mais, en revanche, celle de l'avocat et du notaire réalise pleinement cette notion et doit être régie par les règles du mandat.

La jurisprudence, comme le dit le message du Conseil fédéral de 1905 ⁴, montrait, dans la distinction entre le mandat et le contrat de travail, de fâcheuses incertitudes. Elle suivait les pas de la doctrine, pour déterminer ce qu'on entend par « affaire » et « service », en rangeant les actes juridiques au nombre des affaires, et appliquait le critère sus-exposé, sans en exclure quelques dérogations ⁵. Toutefois,

¹ Hafner : *Droit des obligations*, art. 392, n° 2.

² Suter : *Der entgeltliche Auftrag im schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse Berne 1907, p. 19.

³ Suter : *Op. cit.*, p. 19.

⁴ Message du Conseil fédéral de 1905, p. 28.

⁵ Les avocats, les notaires et les gérants étaient toujours qualifiés de mandataires, à moins qu'ils ne fussent engagés pour « un certain temps ». Le contrat conclu entre médecin et client était soumis aux règles du contrat de travail, « *in der Sache selbst besteht zwischen einem Kranken und dem Arzte, welcher auf dessen*

lorsqu'il subsistait un doute entre l'affaire et le service, la jurisprudence penchait vers ce dernier et, par conséquent, appliquait les règles du contrat de travail si la prestation de service était faite à titre onéreux ¹. Par contre, les prestations de travail faites à titre gratuit étaient toujours soumises aux règles du mandat, sans qu'il fût besoin de vérifier si c'était là une affaire ou un service et à moins, naturellement, que les conditions d'un autre contrat nommé ne fussent réalisées.

Un arrêt du TF ², sans constituer une décision de principe, permettait de distinguer le mandat d'avec le louage de service : « il y a mandat, disait le Tribunal fédéral, non louage de service, lorsqu'une partie se trouve, vis-à-vis de l'autre, non dans un rapport de service, c'est-à-dire dans un rapport de dépendance, mais bien dans une position indépendante, comme c'est le cas notamment pour un commerçant établi à son compte. Il faut considérer comme caractéristique du louage de services une rétribution fixe et une participation aux bénéfices (tantième); la défense pour le représentant d'avoir un commerce à son nom; l'obligation de consacrer ses forces à l'entreprise du représenté ³. Seront, au contraire, caractéristiques du mandat, la rémunération sous forme de provision, la position indépendante de l'agent comme commerçant, la possibilité de ne consacrer qu'une partie de son travail à l'affaire du maître ».

Aujourd'hui ⁴, la question est nettement tranchée. Le critère de la distinction entre le mandat onéreux et le contrat de travail ne réside pas dans la nature des prestations, comme c'était le cas, en principe, dans le CO de 1881, mais dans l'élément de temps ⁵; autrement dit, il y a contrat de travail lorsqu'une personne promet à une autre son tra-

Ersuchen seine Behandlung gegen Honorar übernommen hat, ein Vertragsverhältnis, das gemäss OR 348 (aujourd'hui art. 361), nach den Regeln über den Dienstvertrag zu beurteilen ist», ATF, 18, p. 340/4.

¹ Le TF qualifiait de contrat de travail la convention passée à titre onéreux entre un maître et un architecte en vue de l'élaboration de plans de construction, ainsi que le contrat conclu (par représentation directe) avec l'entrepreneur de la direction et de la surveillance des travaux. Revue du *Gerichtspraxis*, vol. 16, p. 129, n° 88; voir également JdT 1937, p. 581. Voir également De Torrenté, p. 10.

² ATF 3 avril 1903, cité par Richard, *Contrat de travail*, p. 73.

³ On admet actuellement qu'il n'est pas nécessaire pour l'existence d'un rapport d'emploi et, par conséquent, d'un contrat de travail, que l'employé consacre, pendant la durée des rapports contractuels, tout son temps à l'employeur, art. 319, n° 7. Oser et Schönenberger, « le contrat de travail ne suppose pas que les services promis absorbent l'employé ». ATF 73 I 421.

⁴ La délimitation négative du champ d'application du mandat nous oblige à donner quelques précisions sur le contrat de travail.

⁵ Dans certains cas, il ne faut pas négliger le critère basé sur la condition indépendante ou dépendante du débiteur de la prestation de travail et la liberté dont celui-ci jouit dans l'organisation de ses activités. ATF 45 I 214 = JdT 1919, p. 635; ATF 73 I 421 = JdT 1948, p. 567.

vail pour un temps déterminé ou indéterminé, contre paiement d'un salaire. « L'élément essentiel du contrat de travail — abstraction faite du salaire, est le temps pour lequel il est conclu » ATF 73 I 420 = JdT 1948, p. 567.

Le mandat et le contrat de travail peuvent donc avoir pour objet les mêmes espèces de prestations; toutefois, les promesses d'activité faites pour une durée déterminée ou indéterminée et à titre onéreux sont régies par les règles du contrat de travail. Si l'activité promise dans le contrat exige une prestation unique ou un certain nombre de prestations isolées, les règles du mandat sont applicables¹; cependant, lorsque les services à fournir sont déterminés d'après le temps comme, par exemple, l'obligation d'effectuer chaque jour certaines courses, il y a lieu d'appliquer les règles du contrat de travail².

L'élément de temps³, admis par le CO de 1912, comme trait caractéristique du contrat de travail, a des répercussions non seulement sur le mandat, mais encore sur le champ d'application du contrat d'entreprise. Le mode de rétribution ne pouvant servir de critère pour distinguer le contrat d'entreprise du contrat de travail, il n'est pas question de qualifier comme un contrat d'entreprise la prestation de travail rétribuée d'après l'ouvrage livré (à la tâche ou aux pièces), lorsqu'il s'agit d'un engagement pour une durée déterminée ou indéterminée. Donc, un ouvrier rémunéré aux pièces ou à la tâche, dès lors qu'il s'est engagé pour un certain temps⁴, bénéficie des règles du contrat de travail, sous réserve de l'application analogique des règles du contrat d'entreprise concernant la responsabilité pour la matière fournie et

¹ ATF 61 II 97 = JdT 1935, p. 616.

² FJS n° 623. Lorsqu'il y a doute sur la distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail, la jurisprudence prend en considération le mode de rétribution, le degré de dépendance de l'une des parties contractantes à l'égard de l'autre et, enfin, l'activité de l'une des parties en dehors de ses rapports avec l'autre. Voir Sem. jud., 1915, p. 169; 1924, p. 378; 1925, p. 502; 1944, p. 346. Cependant, le fait que le prix du travail a été convenu payable à l'heure, et non sur devis ou à forfait, ne suffit pas pour conclure à l'existence d'un contrat de travail. Voir Sem. jud. 1942, p. 273; 1944, p. 346.

³ Il faut se garder de confondre « l'élément de temps » avec le temps, destiné à calculer la somme de la rétribution, qui ne joue dans ce domaine qu'un rôle secondaire.

⁴ Guhl : *Le droit des obligations*, traduit de l'allemand par Des Gouttes, p. 273. Oser et Schönenberger, vol. 2, art. 319, 323. *Contra*, Rümelin, qui déclare que la charge des risques dans le « *Stücklohnvertrag* » incombe à l'ouvrier et, comme le transfert des risques est décisif pour admettre l'existence du contrat d'entreprise, que le contrat dans lequel l'ouvrier est rétribué à la pièce doit être soumis aux règles du contrat d'entreprise, p. 30. Pour justifier l'application des règles du contrat de travail sur le travail aux pièces, Saleilles donne l'explication suivante : « Les parties sont censées avoir voulu fixer, purement et simplement, un procédé d'évaluation sur le résultat à produire, v. Saleilles, dans le bulletin de la société d'études législatives 1906, p. 498. Voir également les références citées dans cet article, p. 498, note 3. »

pour l'exécution exacte du travail, dans le cas où l'ouvrier n'est pas placé sous la surveillance de l'employeur (art. 329 CO). Le rapport juridique de travail entre l'employeur et un ouvrier travaillant à domicile peut être régi par les règles du contrat de travail ou par les règles du contrat d'entreprise : toutefois, il faut se demander, dans chaque cas particulier, si l'ouvrier à domicile s'engage à mettre ses forces au service de l'employeur pour un temps déterminé ou indéterminé, ou s'il accepte d'exécuter librement, « de cas en cas », une commande à domicile ¹.

La loi fédérale du 12 décembre 1940 sur le travail à domicile n'a pas tranché la question d'une manière assez nette ; cependant, elle a atténué dans une large mesure cette incertitude juridique en édictant des règles (pour la plupart favorables aux travailleurs à domicile) qui peuvent s'appliquer à ces deux espèces de conventions, le contrat de travail et le contrat d'entreprise. Il en allait bien autrement avant 1912, car l'élément de temps ne jouait, sauf dans les dernières années qui précédèrent l'adoption de l'actuel CO, qu'un rôle minime, le travail rémunéré à la pièce appartenant au domaine du louage d'ouvrage à l'exception de certains cas où il y avait lieu d'appliquer les règles du louage de services.

De tout ce qui précède, on peut déduire que le trait distinctif du contrat de travail dans le CO actuel ne réside ni dans le mode de rémunération ni dans la nature de la prestation ; au contraire, comme le disent Oser et Schönenberger : l'employé n'est pas seulement tenu d'exécuter un travail, d'aboutir dans une certaine direction à un résultat déterminé, mais ce travail doit en outre former le maillon d'une chaîne qui lie employé et employeur pour un certain temps ².

Le TF a tranché la question de manière assez claire en définissant ainsi l'objet du mandat et du contrat de travail : « on peut ranger, dans le mandat, le travail isolé ou plusieurs travaux distincts confiés à une personne d'après leur nombre (gezählt) (un architecte est chargé d'éta-

¹ M. Schweingruber : *Kommentar zum Dienstvertrag des schweizerischen Obligationenrechts*, 1951, p. 18. Mais il faut avouer que l'application par analogie des règles du contrat d'entreprise au travail à domicile rémunéré à la pièce est justifiée par le fait que, dans ce cas, la rémunération porte sur le produit effectif de l'activité. La nature juridique de ce contrat est parfois une question litigieuse ; cependant, elle peut être fixée par la vérification de l'ensemble des rapports juridiques et par l'appui de certaines données, telles que « l'initiative plus ou moins grande laissée à l'ouvrier pour l'accomplissement de son travail ou le degré de sa dépendance à l'égard du maître, notamment quant au choix des moyens utilisés et aux rapports de propriété y relatifs », FJS 623. Pour plus de détails sur le travail aux pièces et le travail à domicile, consulter le traité de droit du travail de M. Paul Durand, T. II, n°s 134 et 135, n° 140.

² Oser et Schönenberger, art. 319, n° 3.

blir le devis d'un bâtiment) ¹ et, dans le contrat de travail, les services délimités d'après leur durée (*zeitlich begrenzt*) une personne est engagée pour faire plusieurs courses pendant une semaine ².

B. « Affaire » et « service » dans l'actuel CO.

L'article 394, alinéa 1 a élargi la notion du mandat, de sorte qu'aujourd'hui il ne s'agit plus seulement du soin d'une affaire, mais aussi d'une prestation de services : « le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il est chargé ou à rendre les services qu'il a promis. » Certain auteur ³ a tenté de minimiser la valeur de cet élargissement en affirmant qu'« il n'y a pas de différence bien sensible entre le fait de gérer une affaire et celui de rendre des services; on rend des services à quelqu'un en gérant ses affaires et on gère ses affaires en lui rendant service ». Cette idée est erronée, car elle ne tient pas compte de l'évolution du mandat en droit suisse. Sous l'empire de l'ancien CO, l'affaire, nous l'avons vu, ne comprenait pas seulement les actes juridiques, mais encore une partie des actes matériels qui n'entraient pas dans la notion d'affaire. Il s'ensuit qu'en rangeant les services parmi les prestations qui peuvent former l'objet du mandat, le législateur a introduit une notion bien plus large : par exemple, si le fait de donner un conseil ou de fournir des renseignements ne suffit pas, en réalité, à constituer la gérance d'une affaire, c'est en tout cas rendre un « service ». L'affaire est donc une notion plus restreinte que le service.

Le mandat, en tant que convention de travail, doit comporter une prestation positive (gérer une affaire ou rendre un service). Une prestation de ne pas faire, une pure abstention (*blosse Unterlassung*) ne suffisent pas, à elles seules, à constituer l'objet d'un mandat ⁴.

Mais quelle est la valeur juridique de la définition donnée par l'alinéa 1 de l'article 394 ? Nous n'hésitons pas à répondre que cette définition, abstraction faite de la stipulation que le mandataire est

¹ A notre avis, il y a là un contrat d'entreprise. En élaborant le devis d'un bâtiment, l'architecte promet non seulement son activité, mais aussi l'obtention d'un résultat.

² ATF 58 II 375 = JdT 1933, p. 406. Lorsque l'employé accepte d'exécuter des obligations dont il n'est pas chargé par le contrat de travail, il exécute un mandat (gratuit) ; sur cette base, le TF a jugé que le domestique de campagne qui aide son maître à surveiller et à défendre ses biens en dehors de la maison et au-delà de ses abords immédiats exécute un mandat spécial (gratuit). ATF 48 II 489 = JdT 1923, 304. Daepfen et Reymond, art. 394, III, n° 3.

³ Martin, p. 259.

⁴ Oser et Schönenberger, art. 319, n° 2; Becker, art. 394, n° 6, et 319, n° 8; Lotmar, I, p. 73.

« chargé » de l'affaire, est superflue, car l'alinéa 2 du même article prévoit que « les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats ». Par conséquent, le mandat doit être défini d'une manière négative en prenant en considération le caractère subsidiaire qui le distingue. Le contrat qui a pour objet une prestation de travail et ne présente pas les éléments essentiels ou les « caractères spécifiques » d'une autre convention de travail ou d'une des variétés particulières du mandat (lettre de crédit, ordre de crédit), est soumis, selon l'art. 394 al. 2 aux règles du mandat ¹. En droit suisse, le mandat doit être défini comme le fait le Tribunal fédéral : « le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige envers le mandant à rendre un service non prévu dans les autres contrats nommés par le CO » ². Toute prestation de service faite à titre gratuit ou à titre onéreux et qui ne tombe pas sous les dispositions légales régissant d'autres conventions de travail au sens large (*Arbeitsvertrag*), peut être l'objet du mandat. Mais il ne faut pas abuser de l'application analogique des règles du mandat, car elle peut entraîner des conséquences défavorables pour l'un ou l'autre des contractants en leur donnant un droit de résiliation unilatérale et arbitraire, lorsqu'il y a lieu de croire, d'après la nature de l'ensemble des rapports juridiques, que les parties n'ont jamais voulu conclure un contrat révocable en tout temps. En effet, il ne faut pas se soumettre servilement à la lettre de l'alinéa 2 de l'article 394, car alors plusieurs rapports juridiques tomberaient sous le coup du principe mentionné à l'article 404 du CO, considéré comme une règle de droit impératif ³.

Signalons enfin que dans un message de 1905, le Conseil fédéral ⁴ a essayé d'établir une définition positive du mandat en déclarant que « lorsque le contrat a pour but la confection d'un objet ou l'accomplissement d'un acte, et qu'on prend en considération le produit du travail sans tenir compte du temps durant lequel le locateur doit être au service du maître, nous avons, dans la première hypothèse, un louage d'ouvrage et un mandat dans la seconde », page 28.

¹ Il en est de même du rapport de droit civil existant entre le tireur d'un chèque et la personne sur laquelle il est tiré. ATF 51 II 186.

L'émission d'un chèque crée entre les parties un rapport de droit civil (mandat), outre le rapport spécial en matière de chèque.

² ATF 59 II 260 = JdT 1933, p. 620 ss. Becker, art. 394.

³ C'est pourquoi les contrats innomés ayant pour objet une prestation d'activité et qui ont une certaine parenté avec un type de contrat nommé, ne tombent pas sous les dispositions relatives au mandat, pour autant que cette parenté exige une application analogique : Becker, art. 394, n° 8.

⁴ Voici le texte allemand de ce passage : « Wo die Dienstleistung.. die Vornahme einer Handlung mit Rücksicht auf das Resultat der geleisteten Dienste und ohne Rücksicht auf die Zeit..., handelt es sich... um einen Auftrag ».

C Etude de quelques cas particuliers.

Les professions libérales constituaient en droit romain, nous l'avons vu, l'objet du mandat et non du contrat de travail, car à cette époque on croyait qu'il était indigne d'un homme libre de recevoir un salaire en échange de son travail¹. Aujourd'hui, les services fournis par les membres des professions libérales peuvent être régis par les dispositions du mandat aussi bien que par celles du contrat de travail ou d'entreprise, lorsque les conditions essentielles de l'un ou l'autre de ces contrats sont remplies.

En France, au cours du XIX^e siècle, on considérait les professions libérales, à l'instar du droit romain, comme relevant du mandat et non du contrat de travail. En effet, celui qui exerçait une profession libérale conservait son indépendance à l'égard de l'autre contractant et, par conséquent, l'élément de subordination nécessaire pour que le rapport juridique fût qualifié de louage de services, faisait défaut².

En Suisse, il en va tout autrement. Ce n'est pas le caractère de services supposant une culture scientifique qui est déterminant pour la qualification des contrats conclus par les membres des professions libérales, dit le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale en 1905, mais bien celui de la convention elle-même. Un médecin d'hôpital, dans une commune, est un locateur de services (contrat de travail), ce qui n'est point le cas du médecin à clientèle privée. L'avocat conseil attaché à une société anonyme est dans la même situation que le médecin d'hôpital, mais non l'avocat qui offre ses services au public.

L'article 361 du CO, dont la note marginale parle de « professions libérales »³, a la teneur suivante : « Les dispositions du présent titre (titre dixième : du contrat de travail) s'appliquent également aux contrats portant sur les travaux qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale et qui s'exécutent contre paiement d'honoraires, quand ces conventions présentent d'ailleurs les éléments constitutifs du contrat de travail. » Or, en droit suisse, ce ne sont pas la personne du contractant ou ses qualités scientifiques ou artistiques qui jouent le rôle décisif dans les professions libérales, mais ce sont les critères, formulés précédemment, pour la distinction du contrat de travail et du mandat, auxquels s'ajoute le critère du contrat d'entreprise, dont nous nous occuperons au chapitre suivant, qui déterminent les rapports juridiques

¹ Oser et Schönenberger, 361, n° 1; Becker, art. 361, n° 1. M. Durand affirme que c'est à tort qu'on fait remonter cette tradition au droit romain. *Traité dr. de trav.* T. II, n° 152.

² Voir ci-dessus, p. 35.

³ Dans le texte allemand : « Anwendung auf freie Dienst ».

pouvant se former avec un membre des professions libérales. En réalité, l'article 361 du CO n'apporte rien de nouveau; il va de soi, en effet, que lorsque les conditions essentielles du contrat de travail se trouvent réalisées, et plus spécialement l'élément de temps, on doit appliquer les règles de ce contrat ¹, cependant, le texte de cet article a mis fin à la controverse déchaînée à ce sujet. La situation confuse du droit français en cette matière — les tribunaux français en offrent un témoignage évident — a sans doute déterminé le législateur suisse dans sa tentative de précision.

1. *Conseils et renseignements.*

Dans le BGB, le fait de donner un conseil ou une recommandation ne constitue, en principe, aucune obligation (part. 676). Cependant, une responsabilité extra-contractuelle de celui qui a donné un conseil est admise lorsqu'il a causé, en le fournissant intentionnellement, un dommage à autrui ou lorsqu'il a contrevenu, délibérément ou par négligence, à un devoir qui lui incombait en vertu de ses fonctions. Une responsabilité contractuelle n'est admise que lorsque celui qui a fourni le conseil ou le renseignement en a garanti l'exactitude ou lorsqu'un contrat a été conclu dans ce but. Dans ce dernier cas, il y a mandat si le conseil ou le renseignement a été fourni à titre gratuit, et contrat d'ouvrage s'il l'a été à titre onéreux ².

En droit suisse, la question n'est pas réglée par un texte légal. Toutefois, il ne saurait être question, ici, d'un conseil ou d'un renseignement fourni en rapport avec un contrat principal, car la responsabilité de celui qui les donne est appréciée, dans ce cas, en considération du dit contrat. Pour von Tuhr, le fait de donner un mauvais conseil ou un faux renseignement constitue un acte contraire aux mœurs lorsqu'il a été commis intentionnellement. En revanche, la négligence ne constitue un élément de responsabilité que lorsqu'on est en présence d'un rapport contractuel qui, d'après l'article 394, alinéa 2, doit être qualifié de mandat. A son avis, « le fait de donner un conseil ou un renseignement, ce n'est peut-être pas gérer l'affaire du mandant, mais c'est certainement lui rendre un service, à titre onéreux ou gratuit ». D'après von Tuhr, on est donc toujours en présence d'un mandat lorsque quelqu'un

¹ Martin-Achard : *La discipline des professions libérales*, Schw. R. 70, 1951, p. 224a et 243a.

² Staudinger Z, par. 631, 1, III; Oertmann, par. 676, 1b; Planck, rem. 2, par. 676.

se déclare prêt à donner un conseil ou à fournir un renseignement ¹. Oser et Schönenberger ² et le TF ³ sont d'un avis différent. Pour eux, le fait de donner un conseil ou un renseignement n'implique pas nécessairement la conclusion d'un contrat (mandat), car, dans le cas où le conseil et le renseignement sont fournis par simple complaisance, la volonté de créer un rapport d'obligation fait défaut. « Un mandat n'est admis, abstraction faite d'une conclusion expresse d'un contrat de renseignements, que lorsque des circonstances spéciales prouvent la conclusion d'un tel contrat, circonstances qui peuvent être déduites de l'attitude des contractants. » Dans les autres cas, seul l'article 41 du CO entre en ligne de compte. D'après le TF ⁴, le fait de donner un conseil ou des renseignements contre rémunération et le caractère professionnel de celui qui les donne sont des indices d'un mandat, mais il n'est pas nécessaire que ces deux éléments soient réunis.

Terminons en disant qu'en droit suisse, contrairement au droit allemand, celui qui conclut un contrat en vue de fournir un conseil ou un renseignement ne promet pas qu'un certain résultat sera obtenu; il ne s'engage qu'à une prestation d'activité; par conséquent, ce contrat est soumis aux règles du mandat.

2. *Le contrat passé avec un architecte.*

Un cas particulier, qui revêt un intérêt primordial pour la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise, est celui du contrat d'architecte (*Architektenvertrag*). On sait que le contrat conclu avec un architecte peut engendrer les obligations suivantes ou une seule d'entre elles, selon les cas : élaboration d'un avant-projet, du projet définitif, du devis, des plans d'exécution, soumission des travaux, direction générale de l'exécution, vérification et surveillance du chantier.

Becker et von Castellberg ⁵ qualifient le contrat conclu entre le maître (Bauherr) et l'architecte en vue de la direction et la surveillance des travaux comme un contrat de travail lorsque le maître — et c'est

¹ Von Tuhr, I, p. 331, note 65. Voir également Schulthess, *Z. schw. R.*, 48, 1929, p. 283.

² Oser et Schönenberger, art. 394, n° 13.

³ ATF 30 II 267.

⁴ ATF 41 II 77; ATF 30 II 267. Le TF est d'avis (ATF 57 II 85 = JdT 1931, p. 557) que « celui qui est consulté sur une question dans laquelle il possède, de par sa situation, une compétence particulière (par exemple un banquier), est tenu de fournir des indications véridiques dans la mesure où il peut prévoir que celles-ci auront ou risqueront d'avoir des conséquences sérieuses pour la personne qui les a demandées ». Voir également FJS, 623.

⁵ Becker, art. 363, n° 5; von Castellberg, p. 18-22.

la règle — doit supporter la charge des risques. Oser et Schönenberger¹ adoptent l'idée qu'il faut s'assurer si celui qui dirige les travaux de construction (Bauleiter) est lié à ses obligations ou non pendant toute la durée de la construction. D'autre part, les parties, en raison de leurs intérêts dans l'affaire et grâce aux rapports de confiance qui s'établissent forcément, doivent avoir la possibilité de mettre fin au contrat en tout temps et sans autre formalité; à cette fin, il devient nécessaire d'attribuer aux contractants la faculté prévue à l'article 404 du CO en appliquant les règles du mandat. Bollag² ne fait pas de distinction entre le contrat conclu par le maître et l'architecte pour l'élaboration des plans et le contrat passé par les mêmes parties en vue de la direction des travaux. A son avis, l'activité de l'architecte est dirigée vers un seul but : la construction; il doit veiller aux intérêts du maître et, dans les trois phases de l'opération (plans, direction et vérification des travaux), il est le spécialiste qui doit mettre ses connaissances et ses capacités au service de l'autre partie. Durant les trois étapes, ce qui entre en ligne de compte, ce n'est pas la nature du contrat, mais la façon dont les activités de l'architecte se manifestent. Cependant, il ne faut pas en inférer que ces activités puissent donner lieu à différentes espèces de conventions car, dit le même auteur, « le rapport entre le maître et l'architecte reste de A à Z le même, il sert le même intérêt, il est dirigé vers le même but et fondé sur une même confiance mutuelle ». A la suite de cette argumentation, il conclut que le contrat passé avec un architecte est toujours un mandat, quelle que soit la nature de la prestation promise, que l'architecte ait à effectuer une de ces trois espèces de travaux ou qu'il s'oblige à exécuter les trois successivement. Une telle conception risque d'entrer en conflit avec celle du législateur en ce qui concerne la distinction entre les différentes espèces de conventions de travail.

Schneider et Fick³ prétendent appliquer les règles du mandat au contrat de l'architecte parce que l'activité de ce dernier représente l'exercice d'une profession libérale; toutefois, il faut remarquer que le caractère de profession libérale ne joue pas aujourd'hui un rôle décisif dans la détermination de la nature du contrat. Porret⁴, enfin, soutient que « l'ingénieur et l'architecte qui élaborent des plans pour le compte d'autrui et en surveillent la réalisation ne sont plus des locuteurs de services, ils sont les mandataires de leurs clients ».

¹ Oser et Schönenberger, art. 363.

² Bollag Georg, *Die kontraktliche Haftung des Architekten*, Thèse, Bâle 1935.

³ Schneider et Fick, art. 394, n° 58 et 62.

⁴ Porret, SJZ, 9, p. 38 FF, 387.

A notre avis, le contrat d'architecte peut être qualifié de la manière suivante :

I. Il peut s'agir d'un contrat de travail lorsque le maître engage l'architecte pour un temps déterminé ou indéterminé, ce qui réalise la notion de rapport d'emploi (*Anstellungverhältnis*) ¹. Cependant, le TF est d'avis que si les rapports juridiques entre l'architecte et le maître peuvent être qualifiés de contrat de travail suivant les circonstances, ce cas forme une exception car, d'une manière générale, l'architecte promet une prestation consistant en services déterminés (article 394 I CO), il n'apparaît pas comme un locateur de services pour un temps déterminé ou indéterminé, notion qui constitue l'élément caractéristique du contrat de travail ². Par ailleurs, une autre caractéristique du contrat de travail fait défaut dans le contrat de construction (*Bauvertrag*) : la subordination de l'employé à l'employeur; l'architecte, en effet, jouit d'une grande liberté dans l'organisation de son activité.

II. Il peut s'agir d'un contrat d'entreprise lorsque l'architecte fournit non seulement une prestation d'activité, mais encore promet d'atteindre un certain résultat, comme dans le cas où l'architecte s'engage à faire de l'avant-projet, le projet définitif, l'établissement du devis et l'élaboration des plans d'exécution ³. Donc, l'architecte qui se charge de l'élaboration des plans, des projets de construction et de l'établissement d'un devis moyennant rémunération conclut, en principe, un contrat d'entreprise ⁴. Mais, si l'on fait abstraction des qualités professionnelles de l'architecte, d'où il résulte que des plans élaborés par lui doivent être payés, la fourniture gratuite d'une telle prestation aboutit à l'application des règles du mandat et non à celles du contrat d'entreprise.

III. Lorsque l'activité de l'architecte consiste dans la direction générale de l'exécution, la mise en soumission des travaux, la vérification des mémoires et des comptes des entrepreneurs, l'établissement des comptes, la réduction contractuelle et tarifaire, la reconnaissance de l'ouvrage, l'accomplissement des actes juridiques avec les entrepreneurs

¹ Guhl, p. 198.

² JdT 1936, p. 386. Le TF déclare dans cet arrêt : « qu'au contraire le fait même que le maître résidait à l'étranger rend encore plus vraisemblable l'existence de pouvoirs de mandataire conférés à l'architecte ». Cette observation ne peut être considérée comme trait distinctif du mandat parce que les pouvoirs de représentation peuvent exister non seulement dans un mandat mais aussi dans un contrat de travail. Le fait de charger quelqu'un d'accomplir un acte juridique, en vertu d'un contrat de travail ou d'un mandat, implique en même temps que les pouvoirs nécessaires à cet effet ont été conférés. Oser, art. 394, n° 3, et von Tuhr, § 42, p. 289.

³ Schneider et Fick, art. 363, n° 5; Becker, art. 363, n° 4; Oser et Schönenberger, art. 363, n° 19; SJZ 17, p. 378, n° 285.

⁴ ATF 63 II 176 = JdT 1937, p. 579.

ou avec les autorités et la surveillance du chantier, il s'agit, en règle générale, d'un mandat.

IV. Souvent, le contrat conclu entre le maître et l'architecte comporte aussi bien des prestations en vue d'atteindre un certain résultat (plans, devis) que des prestations d'activité, (direction et surveillance des travaux, etc.). Le TF¹ applique en principe, à propos d'un tel rapport juridique, les règles du mandat tout en se réservant la possibilité de faire appel, le cas échéant, aux règles du contrat d'entreprise. Cependant, en consultant les « normes » de la société des ingénieurs et architectes, on peut constater que ces normes consacrent plus de 50 pour cent de la rémunération totale de l'architecte (mise à part la rémunération pour la surveillance du chantier) à l'élaboration de projets de construction, des esquisses, des plans d'exécution et de devis (activités qui, prises séparément, constituent l'objet du contrat d'entreprise). Par conséquent, il est permis de se demander, compte tenu de la valeur attribuée aux diverses espèces de prestations fournies par l'architecte, si le contrat de construction ne constitue pas, dans son ensemble, un contrat d'entreprise ou s'il ne faudrait pas plutôt appliquer à chacune des activités qui font l'objet du contrat les règles des conventions de travail qui correspondent le mieux à sa nature. Le TF déclare² que « des considérations pratiques et d'opportunité militent en faveur d'une réglementation uniforme de l'ensemble du rapport contractuel. Les tâches de l'architecte dépendent étroitement les unes des autres et tendent toutes au même but final, elles font régulièrement l'objet d'une rémunération globale ». D'autre part, poursuit le TF, « si l'on voulait appliquer intégralement les règles de contrats différents à chacune de ces obligations particulières, on aboutirait à un résultat tout à fait contraire à la nature des choses. Le juge ne doit qu'en cas de nécessité juridique absolue séparer ce que les parties ont fondu en un tout, le sachant et le voulant. Cette nécessité n'existe cependant pas. Toutes les obligations contractuelles de l'architecte ont pour objet des prestations de travail; toutes celles-ci peuvent, sans peine et sans compromettre la situation juridique de l'un ou de l'autre des intéressés, être régies par celui des contrats relatifs à la prestation soit de travail, soit de service qui convient le mieux au rapport juridique considéré dans son ensemble ». Le TF termine cet arrêt important en qualifiant de mandat le *Bauvertrag* conclu avec un architecte.

Des observations précédentes, on peut déduire que le contrat de l'architecte est une convention mixte lorsqu'il comporte les différentes

¹ JdT 1935, p. 429; ATF 63 II 176 = JdT 1937, p. 581.

² ATF 63 II 176 = JdT 1937, p. 581.

activités et prestations mentionnées sous II et III. On applique à ce contrat mixte, d'une manière générale, les dispositions du mandat, sans préjudice, toutefois, de l'application éventuelle des règles du contrat d'entreprise ¹.

3. *La situation du médecin.*

L'activité du médecin peut, elle aussi, tomber sous les dispositions du mandat ou du contrat d'entreprise. En droit allemand, le contrat passé entre médecin et patient, abstraction faite des cas où il y a lieu d'admettre l'existence d'un contrat d'entreprise (§ 675), est qualifié de contrat de services ². Lorsqu'il s'agit d'une opération chirurgicale, le rapport est régi par les règles du contrat d'ouvrage, sans tenir compte du succès de l'opération; en effet, même si le malade vient à mourir après l'opération, il y a toujours contrat d'ouvrage par le seul fait qu'en Allemagne le caractère avantageux n'est pas nécessairement exigé pour les contrats de résultat ³. Le mandat ne saurait entrer en ligne de compte, étant donné son caractère essentiellement gratuit dans le BGB, alors que l'activité du médecin est généralement fournie contre rémunération.

En France la question est controversée ⁴, comme nous l'avons vu plus haut. Cependant, il est intéressant de citer ici l'idée avancée par M. Marton ⁵, selon lequel « le médecin peut s'obliger à la prestation d'un résultat achevé, par exemple, l'exécution d'une opération légère dont la réussite est hors de doute », ce qui fait apparaître une tendance à exiger le caractère avantageux du résultat promis.

En Suisse, avant 1912, le TF considérait le rapport juridique entre le médecin privé et son client comme un louage de services ⁶. Aujourd'hui ce même rapport ⁷ est régi, d'une manière générale, par les

¹ Hoeniger : *Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge*, vol. I, 1910, p. 87; Schlatter, H. : *Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag*, Thèse Berne 1934, p. 23; Kreis, Henri : *Der Architektenvertrag*, Thèse Zurich 1938, p. 81.

² Staudinger : *BGB, Remarques préliminaires*, V, 1, avant le paragraphe 661; voir également Koenig : *Haftpflicht des Arztes*, Leipzig 1936, p. 4.

³ Palandt, Otto : *Kommentar des BGB*, éd. 1951, § 631, 2 a.

⁴ Voir plus haut, p. 000.

⁵ *Revue trim. de droit civ.*, 1935, p. 518, n° 1 : « Obligations du résultat et obligations de moyen » par M. Marton.

⁶ JdT 1908, p. 357.

⁷ Cependant, le rapport juridique provenant d'une hospitalisation officielle des malades relève du domaine du droit public. Le rapport juridique entre les malades, d'une part, et les hôpitaux de l'Etat ou des communes et leur personnel (y compris le médecin qui traite les malades), d'autre part, n'est pas un rapport de droit privé, mais relève du droit administratif cantonal, ATF 18 II 292. Voir également Emile Thilo : *La responsabilité professionnelle du médecin*, p. 11. Au contraire, le rapport

règles du mandat¹, qu'il s'agisse d'un traitement médical ou d'une opération. De toute façon, en Suisse, le contrat passé entre médecin et patient en vue de l'exécution d'une opération, ne peut être considéré comme un contrat d'entreprise.

Il peut arriver que le médecin conclut un contrat de travail² mais il convient de noter que le fait de qualifier le rapport juridique entre médecin et client de contrat de travail (c'était la pratique du TF avant 1912) ou de mandat est sans importance du point de vue de la responsabilité du médecin, car le mandataire, aux termes de l'article 398 du CO est soumis aux mêmes règles que l'employé : sa responsabilité est admise à tous les degrés de la faute³.

D'après ces explications, il est facile de voir qu'en droit suisse le médecin ne conclut en aucune façon une obligation de résultat, il ne promet pas la guérison du malade, mais s'engage à exécuter une obligation d'activité en vertu de laquelle il doit appliquer consciencieusement les règles de son art. Toutefois, l'éventualité d'un rapport d'obligation de résultat n'est pas entièrement exclue. Le TF a jugé que le rapport entre le dentiste et son patient est un contrat d'entreprise pour autant qu'il s'agisse de travaux de prothèses dentaires (pose de couronnes, fixation de ponts, confection de dentiers); le rapport est en revanche un mandat lorsqu'il s'agit de soins médicaux (traitement de racines, etc.)⁴. Il est vrai que l'application de l'ensemble des dispositions du contrat d'entreprise au rapport juridique ayant pour objet des travaux de prothèse dentaire paraît inopportun, mais on applique ces règles, dit le TF, « dans leur esprit, en tenant compte des particularités de ce genre de travaux ».

entre le patient et le médecin engagé par une commune pour donner des soins aux malades qui habitent le territoire de la dite commune, dans laquelle ce médecin fait une visite hebdomadaire officielle et calcule ses honoraires selon un certain tarif, est un rapport de droit privé, ATF 54 II, p. 120 = JdT 1928, p. 392.

¹ Frey voit dans l'activité du médecin une sorte de contrat qui ne doit être soumis aux règles d'aucun type de contrat, mais seulement aux règles de la partie générale du CO et aux principes généraux du droit du travail, p. 117-118.

² Nous n'envisageons dans notre travail que les rapports *contractuels* entre médecin et patient, mais il y a sans doute des cas où le médecin traite un malade sans qu'il y ait rapport contractuel entre eux, comme, par exemple, lorsque le patient est incapable, pour une raison quelconque (accident), de manifester sa volonté de conclure un contrat. On applique dans un tel cas les règles de l'article 419 du CO, malgré la portée restreinte de cette disposition qui, contrairement à l'article 394, ne prévoit que la gérance d'une affaire. Cet article est également applicable, par analogie, aux services qui, d'après le langage courant, ne tombent pas sous la notion de l'affaire. Oser et Schönenberger, art. 419/5; Becker, art. 419, n° 4.

³ ATF 53 II 419 = JdT 1928, p. 586.

⁴ ATF 47 II, p. 215 = JdT 1921, p. 494; ATF 61 II, p. 106 = JdT 1935, p. 432.

4. *L'activité de l'avocat et du notaire.*

Il nous faut encore examiner le cas de l'avocat et du notaire. En règle générale, le rapport entre l'avocat et son client est soumis aux dispositions du mandat onéreux¹, sauf dans les cas où les conditions d'un contrat de travail se trouvent réalisées. L'obligation de l'avocat consistant, théoriquement, en une prestation d'activité et non de résultat², sa responsabilité est déterminée d'après les principes régissant cette sorte de conventions; cela signifie que l'avocat est responsable de la bonne et fidèle exécution de son engagement (getreue und sorgfältige Ausführung). Il en est de même pour le notaire lorsqu'il n'est pas appelé à fonctionner comme officier public de droit cantonal: sa responsabilité est appréciée à la lumière des dispositions du mandat³.

5. *L'expertise.*

La question de l'expertise et, plus particulièrement de l'expertise médicale ou juridique, n'est pas tranchée clairement et l'on hésite entre les règles du mandat et celles du contrat d'entreprise. En Allemagne, l'expertise est qualifiée de contrat d'ouvrage au plein sens du terme, ce qui est tout à fait conforme à la notion établie par le BGB⁴. En Suisse, cette question est controversée. De l'avis d'Oser et Schönenberger, la consultation juridique se rapproche plutôt d'une obligation d'activité, comme celle de l'avocat, que d'une obligation ayant pour objet l'exécution d'un ouvrage, car il est nécessaire de tenir compte de la confiance, élément caractéristique de cette sorte de conventions d'activité. Il s'ensuit que les règles du mandat et, spécialement, la libre révocation ou répudiation prévue à l'article 404, sont beaucoup plus convenables aux rapports unissant l'expert au commettant que les dispositions du contrat d'entreprise⁵.

Roelli et Jaeger⁶ se prononcent dans le même sens qu'Oser et Schönenberger: « l'expert qui accepte sa mission est, à leur avis, un mandataire selon les articles 394 et suivants du CO, il est responsable

¹ Oser et Schönenberger: art. 319, V, 2; Gmür: *Die Zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, Thèse Zurich 1907, p. 57.

² L'avocat qui se contente de rédiger un projet de contrat est, à notre avis, un entrepreneur.

³ ATF 50 II 48 = JdT 1925, p. 254. Le notaire qui dresse un acte dans l'exercice de ses fonctions comme officier public n'exécute pas un mandat mais accomplit une mission officielle. ATF 49 II 434 = JdT 1924, p. 190; ATF 70 II 221 = JdT 1945, p. 199; JdT 1945, p. 217 (note de la rédaction).

⁴ Oertmann, § 611 b, p. 896.

⁵ Oser et Schönenberger: art. 363, note 15.

⁶ Roelli-Jaeger: *Kommentar VVG*, II, art. 67, n° marginaux 17 à 50.

envers le mandant de la « bonne et fidèle exécution du mandat », mais le mandataire n'a pas, dans ce cas, d'instructions à recevoir et doit accomplir librement et en toute indépendance sa mission »¹.

Pour notre part, nous nous rallions à un autre avis, formulé par Martin², pour lequel le médecin et l'avocat qui sont chargés d'une expertise sont des entrepreneurs. Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec lui lorsqu'il affirme que « l'expertise aboutit à un rapport qui est bien une œuvre matérielle, quoiqu'elle soit le résultat d'un travail intellectuel ». Comme depuis 1912 le caractère matériel n'est plus indispensable à l'existence de la notion d'ouvrage en droit suisse, il nous semble que l'expertise peut être considérée comme un contrat d'entreprise, non parce qu'elle aboutit à un produit matériel (l'expertise, en effet, reste toujours un ouvrage immatériel, quoique matérialisé dans un produit concret)³, mais par le fait que les contractants, d'après la nature de l'affaire, entendent conclure un contrat ayant pour objet l'activité de l'expert et, en outre, obtenir un certain résultat (l'expertise) qui peut être qualifié d'ouvrage immatériel, dans le sens que l'on donne à cette expression en droit suisse.

6. Contrats pour l'établissement d'une comptabilité ou d'un bilan.

Ces conventions doivent aussi être qualifiées de contrats d'entreprise⁴. D'après un jugement publié dans le SJZ, 45, p. 44, n° 14, le contrat ayant pour objet la tenue mensuelle de la comptabilité, l'établissement de bilans mensuels ou du bilan final de l'année, la fourniture de matériel de comptabilité, l'établissement de déclarations fiscales, la représentation devant les autorités fiscales, les recours fiscaux, les décomptes fiscaux et les circulaires d'orientation, a été qualifié soit de contrat mixte comportant des éléments du mandat (comme par exemple, la rédaction de la déclaration d'impôts (Abfassung der Steuerklärungen)⁵, de contrat d'entreprise (établissement de bilans mensuels) et, ce qui a moins d'importance, de vente (livraison de matériel), soit de contrat *sui generis*⁶.

¹ L'arbitre-expert (notes de doctrine et de jurisprudence, E. T., JdT 1945, p. 232).

² A. Martin, pp. 260-261.

³ L'activité non intellectuelle, c'est-à-dire la rédaction du rapport, est en réalité insignifiante en regard du travail intellectuel.

⁴ Oser et Schönenberger, ad art. 363, n° 4.

⁵ Il fallait choisir la représentation devant le fisc comme exemple pour établir l'existence de l'élément du mandat dans ce contrat mixte, car il est très douteux que la rédaction de la déclaration d'impôts constitue à elle seule un mandat.

⁶ Un arrêt que la Cour de justice civile de Genève a rendu tout récemment, le 31 mai 1954, publié dans la Semaine judiciaire 1955, p. 529, dans une affaire concernant la révocation du contrat d'abonnement au service d'une société fiduciaire

§ 2. La notion d'ouvrage.

A. La notion d'ouvrage en droit suisse avant 1912.

Avant d'aborder l'examen de la notion d'ouvrage — et après avoir précisé dans le premier paragraphe la distinction entre le contrat de travail et le mandat, puis les notions d'affaire et de service en droit suisse avant et après 1912 — une distinction entre le contrat d'entreprise et le contrat de travail s'impose. L'adoption par le législateur de 1911 de la règle de l'« engagement pour un certain temps » comme critère permettant de différencier le contrat de travail a eu d'importantes conséquences dans le champ d'application du contrat d'entreprise. Dans le Code de 1881, la distinction entre le louage de services et le louage par suite de devis et marchés se faisait en partant du principe que dans le louage de services « la prestation du travail de celui qui loue ses services constitue l'objet direct du contrat, tandis que dans le contrat de louage d'ouvrage par suite de devis et marchés, l'entrepreneur s'oblige à atteindre un certain résultat »¹. Toujours selon l'ancien droit le locateur d'ouvrage promettait d'atteindre un résultat lorsqu'il soucrivait une obligation pour laquelle il serait rétribué d'après l'ouvrage livré et non d'après la durée du travail. La notion d'engagement pour un certain temps ne jouait pas de rôle distinctif (ou, plus précisément, n'ayant joué un rôle d'une certaine importance que dans les dernières années de l'ancien droit), on concluait, dans la pratique², en faveur du contrat d'entreprise chaque fois que la rétribution de celui qui s'engageait à une activité, devait être calculée d'après l'ouvrage livré.

Une telle conception est, aujourd'hui, inadmissible, car on se trouve en présence d'un contrat de travail dès l'instant où le débiteur s'engage

pour l'établissement de la comptabilité, n'a pas tranché la question de la nature juridique du contrat en question : « l'indemnité due à l'appelante, dit la Cour, peut donc être fixée sans que la Cour se détermine sur la question, très controversée dans la jurisprudence et la doctrine, de savoir si des prestations de la nature de celles assurées par le contrat d'abonnement... ressortissent au contrat d'entreprise ou au mandat ». La Cour a considéré que l'indemnité allouée à l'appelante en vertu de l'article 404 alinéa 2 du CO serait suffisante aux termes de l'article 377 du CO, concernant l'indemnisation due à l'entrepreneur en cas de révocation de la part du maître avant l'achèvement de l'ouvrage.

¹ Schneider et Fick : *Das schweizerische Obligationenrecht*, art. 350, Zurich 1896. Voir dans le même sens, Thalberg : *Dienstvertrag und Auftrag*, Zurich 1899, p. 49.

² Cependant, la doctrine penchait plutôt vers l'application des règles du louage de services lorsque le locateur était engagé pour un certain temps et que d'autres conditions de ce contrat se trouvaient réalisées, comme, par exemple, le rapport de dépendance entre le stipulateur et le locateur du service, celui-ci devant consacrer tout son temps au service du premier, etc., Suter, pp. 27 et 33.

à fournir son activité pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 319 du CO), indépendamment du mode adopté par les parties pour le calcul de la rémunération ¹.

Voyons, maintenant, quelle était la notion d'ouvrage en droit suisse avant 1912. L'article 350 de l'ancien code définissait le louage d'ouvrage par suite de devis et marchés, « un contrat par lequel l'une des parties, l'entrepreneur, s'engage à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre, le maître, s'engage à lui payer ». Il est hors de doute que l'ouvrage, selon la doctrine, et, dans une certaine mesure aussi, selon la jurisprudence d'avant 1912, devait être matériel ², c'est-à-dire qu'il devait se rapporter à la création d'un résultat matériel par la confection ou la modification d'un bien corporel. Nous verrons plus loin quel changement a été introduit dans la notion d'ouvrage par le législateur de 1911. Pour le moment, nous ne pouvons passer sous silence les développements apportés par Becker qui avance une hypothèse extrêmement intéressante du point de vue de ses conséquences juridiques. De l'avis de Becker, c'est le « *gemeines Recht* » qui a servi de modèle pour le titre relatif au contrat d'entreprise dans l'ancien CO ³. Or, nous savons que d'après ce droit, toutes les promesses d'un résultat de l'activité humaine, c'est-à-dire tous les ouvrages matériels ou immatériels faits à titre onéreux, peuvent former l'objet du contrat de *locatio conductio operis*, qui est le contrat d'entreprise du « *gemeines Recht* ». On peut donc déduire de l'hypothèse de Becker qu'il n'était pas dans l'intention du législateur suisse de 1881 d'exclure l'ouvrage immatériel du contrat de louage d'ouvrage par suite de devis et marchés et que la jurisprudence

¹ Les contrats conclus entre les « vendeurs de journaux et les administrations de journaux », selon lesquels les vendeurs reçoivent les journaux en un certain nombre d'exemplaires au bureau du journal à un prix inférieur à celui auquel ils doivent les vendre, est considéré par le TF comme un contrat de travail. Le vendeur, n'achetant pas le journal, n'en devient pas propriétaire absolu; il ne promet que son travail, qui est de vendre le journal au public. Le TF déclare dans cet arrêt que « l'élément de la durée existe en l'espèce. A défaut d'engagement à plus long terme, il intervient un contrat de travail pour la vente de chaque numéro que le vendeur se fait délivrer par l'administration. Pendant le temps que dure cette vente, le vendeur travaille pour l'administration, il est à son service. Ce contrat se renouvelle chaque jour par la remise et la réception du journal. L'élément du salaire revêt dans le cas actuel une forme spéciale à cause de la nature et des conditions particulières du contrat. Mais ce genre de salaire rentre sous la définition de l'article 319, c'est le salaire « d'après l'ouvrage livré ». Le vendeur reçoit tant par exemplaire vendu au public. Le fait que, selon le cas, il paie les numéros d'avance, au lieu de régler après la vente, n'est qu'une modalité destinée à faciliter le règlement du compte et qui n'altère point le caractère du salaire ». ATF 43 I 297.

² Suter, p. 22; Hafner, p. 184, note 3; Schneider et Fick, p. 545.

³ Becker, art. 363, note 4.

« Le droit commun allemand n'était autre chose que le droit des pandectes redevenu loi vivante dans une partie de l'Allemagne avant 1900. » Trachsel, p. 14; De Torrenté, p. 43, note 1.

et la doctrine suisses d'avant 1912, en s'attachant à la notion d'ouvrage matériel, se livraient à une « interprétation erronée » du texte de l'ancien code des obligations ¹.

Mais la thèse selon laquelle le législateur suisse de 1881 aurait imité le « gemeines Recht » dans la réglementation du contrat d'entreprise n'est guère soutenable, car il suffit de lire les articles concernant cette convention pour se persuader qu'ils visent uniquement le cas d'ouvrages matériels. D'autre part, Rossel ², Schneider et Fick ³, De Torrenté ⁴ affirment sans aucune réserve que ce qu'on a pris comme modèle pour la législation de 1881, ce n'est pas le « gemeines Recht » mais le projet de Dresde ⁵. En effet, le projet de Munzinger paru en 1871 (qui est la base du code des obligations suisse de 1881) et repris, après la mort de son auteur, par Fick avait, au dire de Rossel, largement puisé dans les travaux de la commission convoquée à Dresde en 1866 pour élaborer une « loi générale allemande sur les obligations ». Par conséquent, tandis que dans le projet de Dresde la notion d'ouvrage se rapportait seulement à l'ouvrage au sens restreint (das Werk im engeren Sinne), autrement dit, à la confection et à la modification d'une certaine chose, sans s'appliquer, notamment aux contrats de transport, art. 633 ⁶, le « gemeines Recht » et le BGB adoptaient une notion plus large de l'ouvrage, dans laquelle entraient tous les résultats de l'activité humaine, qu'ils fussent de nature matérielle ou immatérielle.

Les observations précédentes nous amènent à affirmer que c'est le projet de Dresde et non le « gemeines Recht » qui a servi de modèle lors de l'élaboration de l'ancien code des obligations. Par conséquent, il ne fait pas de doute que la notion d'ouvrage ne se rapportait, dans cette loi, qu'aux ouvrages matériels.

Mais qu'entendait-on par ouvrage matériel sous l'empire de l'ancien code ? Quelle était la signification que la doctrine et la jurisprudence d'avant 1912 attribuaient à cette expression ? ⁷ En réalité, on ne pouvait pas définir le résultat d'une activité non intellectuelle comme un ouvrage matériel et le résultat d'une activité intellectuelle comme un ouvrage immatériel, car ces deux sortes d'activités, par la nature des

¹ De Torrenté, p. 43. Cet auteur demande, avec raison : « Comment est-il concevable qu'il ne se fût pas élevé une seule voix du sein de la doctrine pour proclamer l'assujettissement des ouvrages immatériels aux règles du contrat d'entreprise, si telle avait été réellement l'intention du législateur ? »

² Rossel : *Manuel du droit fédéral des obligations*, 1892, p. 4.

³ Schneider et Fick : *Das schweiz. OR*, 1893, art. 350, ancien CO, notes 1 et 2.

⁴ De Torrenté, p. 46.

⁵ Le « Dresdnerentwurf », 1866.

⁶ Riezler, pp. 22 et 35.

⁷ En allemand, on emploie l'expression « körperliches Werk ».

choses, concourent — dans une certaine mesure — à la réalisation de n'importe quel travail humain si mécanique soit-il. Schneider et Fick pensaient que « la notion d'ouvrage au sens du titre XII de l'ancien CO existe même quand l'entrepreneur doit produire un certain travail intellectuel, dès que celui-ci est de moindre importance que le travail matériel effectué »¹. Rossel, laissant de côté la détermination de l'importance respective de l'activité intellectuelle et de l'activité non intellectuelle déployées en vue de l'exécution de l'ouvrage, se borne à donner des exemples d'ouvrages matériels (tout produit matériel du travail humain : une maison, un piano, un vêtement) et affirme ainsi que ni le transport des choses et des personnes, ni la livraison d'une œuvre littéraire ou artistique aux fins d'édition, n'entrent dans la notion d'ouvrage matériel. Seul, De Torrenté, croyons-nous, est dans le vrai lorsqu'il avance qu'avant 1912 on tenait pour possible la présence d'un ouvrage matériel, dès l'instant où l'activité non intellectuelle n'était pas réduite à faire figure d'accessoire, à jouer un rôle secondaire dans l'exécution de l'ouvrage : *l'activité non intellectuelle devait revêtir à tout le moins une certaine importance — une importance principale encore que non prépondérante*². On conçoit qu'en dépit de la matérialisation du résultat de l'activité intellectuelle, l'ouvrage ne saurait être qualifié de matériel lorsque l'activité non intellectuelle joue un rôle minime en comparaison de l'activité intellectuelle.

Au reste, le TF n'admettait la qualification du rapport juridique comme un contrat d'entreprise que lorsqu'il s'agissait de la création d'une chose strictement déterminée. Par contre, lorsque le contrat se rapportait aux choses fongibles, par exemple, aux produits fabriqués par douzaines, il n'appliquait pas les règles du contrat d'entreprise. « Il n'y aura la plupart du temps contrat d'entreprise que lorsqu'il s'agit d'un produit particulier fabriqué individuellement, et non pas lorsque le contrat se rapporte à une chose fongible des produits fabriqués par douzaines »³. La rédaction d'un guide local et d'un livre d'adresses a été qualifié d'ouvrage par le TF (ATF 34 II, p. 716, BZR 10, n° 10). Il en est de même pour la transformation d'un bâtiment, sa réparation⁴ et aussi sa démolition⁵. L'exécution d'un tableau⁶. L'établissement de

¹ Schneider et Fick, art. 363, n° 63.

² De Torrenté, p. 17.

³ ATF, 21, p. 192.

⁴ SJZ 7, p. 87, et 8, p. 28.

⁵ Bern. jur. ver., 42, p. 542; SJZ, 3, p. 125.

⁶ La cour de justice de Genève, dans un arrêt publié dans le SJZ, 7, p. 311, n° 306, a qualifié l'engagement d'un modèle par un peintre de contrat de louage de services et non de contrat de louage d'ouvrage parce qu'en l'occurrence « il ne

plans et d'avant-projets tombaient ¹, à cause de l'importance considérable de l'activité non intellectuelle, sous les règles du contrat d'entreprise. Cependant, la jurisprudence a prévu une exception dans un jugement publié dans le *Schweiz. Blätter f. Hand. Ent.*, d'après lequel le contrat dont l'objet consiste à conduire un car portant diverses réclames à travers une ville est un contrat d'entreprise « *der zwischen der Firma F. B. und S. abgeschlossene Vertrag* (se rapportant au transport de réclames) *ist unzweifelhaft ein Werkvertrag im Sinne des Titels 12 des OR* » ². Cette affirmation, non motivée, constitue, pour nous, une dérogation aux principes établis par la jurisprudence et la doctrine avant 1912, parce qu'il ne s'agit pas, en promenant des réclames sur un car, d'arriver à un résultat matériel qui subsiste dans le monde extérieur après l'activité déployée pour l'obtenir. Un tel rapport juridique ne pouvait, en aucun cas, être soumis aux règles du contrat d'entreprise sous l'empire de l'ancien CO. En se basant sur la jurisprudence d'avant 1912, qui avait rangé au nombre des ouvrages, l'édification, la réparation, l'ornementation et la démolition d'un bâtiment ³, la préparation de peaux ⁴, le fait d'extraire, de nettoyer ou de trier du sable ⁵, les travaux de blanchissage ⁶, la rédaction et l'impression d'un guide local ⁷, la fabrication de clichés pour cartes postales ⁸, on avait à juste titre établi le principe, assez important, que le résultat que l'entrepreneur s'obligeait à procurer devait, pour être qualifié d'ouvrage au sens de l'ancien code des obligations, s'affirmer « sur ou dans un corps » ⁹, de sorte qu'un lien corporel prenne naissance entre le corps et l'ouvrage. Parmi les exemples que nous venons de citer, l'édification, la réparation et la démolition d'un bâtiment, la préparation de peaux, le blanchissage et le nettoyage du sable constituent des résultats qui se manifestent dans un corps, tandis que dans les autres cas, le résultat ne se rapporte qu'à l'aspect extérieur d'un corps. Il s'ensuit que lorsque le résultat ne se manifestait pas « sur ou dans un corps », mais simplement à l'occasion d'un corps, l'engagement des parties ne pouvait être qualifié

saurait être question d'un louage d'ouvrage puisque l'objet du contrat liant les parties était non point un résultat à obtenir, mais les services nécessaires pour obtenir un résultat ».

¹ Fick, art. 363, n^{os} 4 et 5.

² *Schweiz. Blätter f. Hand. Ent.*, 17, p. 69. Jugement de la Cour d'appel du Canton de Zurich.

³ *Bl. f. Zür. Recht*, 11, n^o 105; voir également *SJZ*, 3, p. 125.

⁴ *Bl. f. Zür. Recht*, 9 n^o 106.

⁵ *SJZ*, 1, p. 69.

⁶ *SJZ*, 7, p. 242. Fick prétend que cette qualification est erronée, art. 363, n^o 60.

⁷ ATF, 34, II, p. 716.

⁸ ATF, 23, p. 1793.

⁹ De Torrenté, p. 19 et 20.

de contrat d'entreprise, étant donné que l'activité s'exerçant à l'occasion d'un objet, ne réalisait pas la notion d'ouvrage matériel. Or, la recherche d'un objet perdu, l'encaissement d'une somme d'argent et le transport des personnes sont des engagements dont le résultat ne se manifeste en rien sur ou dans le corps, et, par conséquent, ne pouvaient faire l'objet d'un contrat d'entreprise, alors même qu'on introduisait une stipulation prévoyant que la rémunération ne serait due qu'en cas d'obtention du résultat cherché par le stipulant ¹.

B. L'ouvrage en droit suisse depuis 1912.

1. La revision du CO.

L'article 363 du CO actuel définit le contrat d'entreprise comme « un contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer » ². En comparant le texte français de cet article avec celui de l'article 350 de l'ancien code des obligations, nous constatons qu'ils sont semblables, sauf en ce qui concerne la dénomination juridique du contrat. Par ailleurs, les textes allemands de ces deux articles diffèrent en ce que l'ancienne disposition contenait l'expression

¹ Voir De Torrenté, p. 20. Cependant, dans un jugement concernant un contrat de transports de fûts de vin, le Tribunal zuricois affirme que le transport des choses peut être qualifié de contrat d'entreprise lorsque certaines conditions se trouvent réalisées. « Nach der gesetzlichen Definition des Art. 350 hat der Werkvertrag zunächst einen Vertrag im Auge, durch den sich der Unternehmer zur Fertigstellung eines körperlichen Arbeitsproduktes durch Neuerstellung, Bearbeiten, Verbessern oder Verändern einer körperlichen Sache oder eines Stoffes verpflichtet. Wenn auch nicht ausgeschlossen ist, dass, trotzdem das Obligationenrecht den eigentlichen Transportvertrag in einem besonderen Artikel eingehend ordnet, doch unter Umständen der Transport einer Sache, d. h. die Verpflichtung zur Veränderung einer Sache in der räumlichen Lage, als Werkvertrag aufgefasst werden kann, so liegt doch der Kassationsgrund des Widerspruchs mit klarem Recht nicht vor, wenn die Vorinstanz, in rechtlicher Würdigung der eigenartigen Verhältnisse, den Vertrag..., als einen Auftrag im Sinne des Art. 392 qualifiziert. » Bl. f. Zür. R. 11, n° 105.

² La notion d'ouvrage dans l'article 363 du CO n'est pas celle de l'article 58 du CO. Le législateur parle, dans ce dernier, du propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage. D'après la jurisprudence du TF, est un ouvrage au sens de l'article 58 du CO : le sol, lorsque le travail de l'homme l'a transformé de telle façon qu'en raison de la nature de la modification apportée, ou en raison du défaut d'entretien, il peut causer un dommage, ATF 44 II, p. 188 = JdT 1919, p. 54; une fouille dans le sol d'une gare, ATF 42 II, p. 356; une place de manège soutenue par un mur, ATF 42 II, p. 256. Il ressort de cette jurisprudence que l'ouvrage, au sens de l'article 58, est le résultat matériel d'un travail qui crée une valeur patrimoniale; il comprend non seulement les immeubles, mais aussi certaines choses mobilières fixées au sol indirectement.

Le législateur parle aussi de « Werk » à l'article 676 du CC (texte allemand); ce mot a été rendu dans le texte français par « entreprise ».

« Fertigstellung eines Werkes », ce qui signifiait la confection d'un ouvrage¹, tandis que le texte actuel parle de « Herstellung eines Werkes »², qui a été très exactement rendu par « exécution d'un ouvrage ». La différence des textes, aussi bien en allemand qu'en français ne fait donc apparaître aucun changement profond qui serait intervenu en 1911 au sujet de la notion de l'ouvrage en droit suisse. Le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 3 mars 1905 corrobore cette impression en affirmant : « le titre qui traite du louage d'ouvrage n'a subi aucune importante modification de fond »³, d'où l'on peut inférer que les modifications introduites en 1911 dans l'ancien texte, sont d'ordre formel et n'ont qu'une importance minime.

Si l'examen des textes légaux et du message du Conseil fédéral de 1905 ne révèle aucun changement matériel dans la notion d'ouvrage, il en va tout autrement du message de 1909 adressé par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale. Ce texte a introduit une modification profonde dans la conception juridique de l'objet du contrat d'entreprise, modification qui est restée la base de tous les travaux faits ultérieurement à ce sujet⁴. Dans ce document, on trouve en effet le passage suivant : « Le projet de 1905 a maintenu la définition de ce contrat (louage d'ouvrage) que donne l'article 350 du CO, et le nouveau projet ne l'a modifiée que sur un point : au lieu de dire que l'entrepreneur s'engage à exécuter un ouvrage (Fertigstellung), il dit qu'il s'engage à le faire (Erstellung) ou à le transformer (Umänderung). Ce changement a son importance en ce que, par opposition au mandat (art. 1448), la nouvelle disposition exprime que, *dans le louage d'ouvrage, il peut s'agir d'un ouvrage matériel ou immatériel, dans le sens d'un bien juridique déterminé* »⁵. Voilà donc un document législatif qui démontre qu'un changement de fond a été introduit et que, dorénavant, l'objet du contrat d'entreprise peut être non seulement un ouvrage matériel, comme c'était le cas dans l'ancien CO, mais aussi un ouvrage immatériel. Cependant, cette notion n'est pas identique à celle du « gemeines Recht » et du BGB, d'après lesquels tout résultat de l'activité humaine peut constituer l'objet du « Werkvertrag », alors que

¹ Il est à noter que, même sous l'empire de l'ancien CO, l'objet du contrat d'entreprise était non seulement la confection d'un objet mais aussi la réparation et la modification d'un objet déjà existant.

² Le projet du CO de 1905 parlait encore de « Fertigstellung eines Werkes ».

³ Le texte allemand de ce passage est le suivant : « Der Titel über den Werkvertrag hat keine erhebliche materielle Modification erfahren. »

⁴ Schneider et Fick, toutefois, ne tiennent pas compte de ce passage.

⁵ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 1^{er} juin 1909, Feuille fédérale, année 1909, volume III, p. 774.

dans le message, il s'agissait seulement d'un résultat de l'activité humaine revêtant le caractère d'un bien juridique, notion qui est, comme nous le verrons plus loin, restée assez ambiguë en droit suisse.

2. *Théorie de l'ouvrage matériel.*

Dans la doctrine aussi bien que dans la jurisprudence suisses postérieures à 1911, on trouve encore des partisans de la théorie de l'ouvrage matériel, comme si aucun changement n'était intervenu et que l'actuelle notion d'ouvrage dans le Code des obligations fût identique à celle qui avait cours en Suisse avant la dernière codification.

Martin ne se contente pas d'exiger que l'ouvrage soit le résultat matériel du travail, mais il se prononce résolument contre le message de 1909 en déclarant : « C'est à tort que le message de 1905 ¹, cité par M. Oser, admet que l'ouvrage puisse être immatériel, incorporel » ². Il n'explique pas ce que l'on entend par ouvrage matériel, mais dit tout simplement, en se référant, d'ailleurs, à Hafner, un auteur d'avant 1912, que celui qui commande un ouvrage, veut obtenir un produit matériel de l'activité de l'entrepreneur.

Fick n'admet que l'ouvrage matériel comme objet du contrat d'entreprise. Pour lui, il faut entendre par ouvrage « toute construction, toute réalisation d'une chose matérielle, édifiée au moyen de choses semblables ou dissemblables, par exemple, une maison, un habit, un dentier artificiel » ³. Ranger parmi les ouvrages les premières ébauches d'une œuvre artistique, les plans et esquisses d'un architecte, nous semble tout à fait conforme à la réalité, mais dans ce cas nous ne comprenons pas pour quoi l'auteur estime contestable un arrêt (publié dans la SJZ, 7, p. 242) qui applique au fait d'entreprendre des travaux de blanchissage les règles du contrat d'entreprise, alors que, de toute évidence, le fait de blanchir du linge est un ouvrage matériel. Il est hors de doute que Fick s'en tient à la notion de l'ouvrage tel qu'on l'entendait avant 1912 et ne tient aucun compte du message du Conseil fédéral qui a modifié la conception juridique de l'ouvrage. A son avis, la distinction entre le contrat d'entreprise et le mandat « réside dans le fait que le premier a toujours pour objet une prestation tendant à

¹ Il y a, chez Oser, une erreur qui n'a pas été corrigée par Martin, car c'est le message de 1909 qui parle de l'ouvrage immatériel. Celui de 1905 ne traite pas cette question.

² Martin, p. 233.

³ Fick, art. 363, n° 2. « Rentrent dans la notion d'ouvrage non seulement l'édification d'un bâtiment, mais aussi sa transformation, sa réparation, son agrandissement, sa démolition. » Sem. Jud., 1944, p. 346.

l'édification ou à la modification d'un ouvrage matériel, tandis que le mandat se rapporte à la direction d'affaires ou à la prestation de services »¹.

Non sans surprise, nous rencontrons encore cette théorie dans des ouvrages tout à fait récents². Après avoir montré que le mandat et le contrat d'entreprise se rapprochent en ce que le travail du mandataire et celui de l'entrepreneur profitent à une autre personne et que dans les deux contrats, on trouve une indépendance relative du débiteur du travail, et après avoir affirmé que la notion d'ouvrage est plus étroite que l'objet du mandat, Gautschi cite des arrêts du TF (47 II 215; 53 II 424; 61 II, 111) qui qualifient le rapport juridique entre client et technicien-dentiste chargé d'une prothèse dentaire de contrat d'entreprise, et le rapport résultant du traitement médical de mandat; il en déduit³ que l'élément de la distinction entre le contrat d'entreprise et le mandat réside dans le caractère corporel de la prestation de l'un et le caractère incorporel de la prestation de l'autre. A son avis, l'objet du contrat d'entreprise en droit suisse doit être la confection ou la modification (et la réparation) d'une chose, ou l'obtention d'un résultat matériel de l'activité humaine. Les prestations de travail immatériel sont régies par les règles du mandat. Les ouvrages artistiques de caractère matériel, comme la sculpture, la peinture et la photographie relèvent du domaine du contrat d'entreprise ou de la vente, selon les cas, tandis que l'activité artistique immatérielle effectuée dans l'intérêt d'autrui, comme l'exécution musicale ou la danse (et même l'enseignement d'un sport), doit être considérée comme un mandat.

On peut trouver dans la jurisprudence une application de cette théorie. Un arrêt du « Bezirksgericht » de Zurich, publié dans la SJZ⁴, avait qualifié de mandat et non de contrat d'entreprise une convention

¹ Fick, *Remarques préliminaires au titre du contrat d'entreprise*, n° 15.

² G. Gautschi : *Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz*, Zurich 1953, pp. 73 ss ; voir également Brosset et Pelet : *Manuel de droit commercial usuel*, vol. I, p. 122. Il est à remarquer que si la théorie adoptée par Fick et Martin se justifiait à une époque où la notion d'ouvrage n'avait pas encore été dégagée de l'influence de la doctrine et de la jurisprudence antérieures à 1912, il importe particulièrement que cette théorie soit abandonnée après tant de commentaires de la doctrine et de la jurisprudence relatifs à l'objet du contrat d'entreprise dans le CO actuel.

³ L'auteur se réfère encore à l'arrêt ATF 59 II 263 = JdT 1933, p. 620, pour en déduire le caractère matériel de l'ouvrage et pourtant, cet arrêt dit expressément que l'ouvrage est le résultat objectif de l'activité humaine, lequel peut être matériel ou immatériel.

⁴ SJZ, n° 13, p. 132 : « Zum Unterschied vom gemeinen Recht und dem deutschen BGB, bildet den Gegenstand des Werkvertrages nach schweizerischen Recht nur die Herstellung eines Werkes materieller Natur, eines körperlichen Arbeitsproduktes und als solches können die Adressenlisten gewiss nicht bezeichnet werden. »

conclue le 17 avril 1912, d'après laquelle l'une des parties s'obligeait envers l'autre à fournir 1800 adresses de personnes nouvellement installées à Zurich, dans un délai d'environ quatre ans; le Tribunal s'était basé sur la considération que « l'objet du contrat d'entreprise est seulement l'exécution d'un ouvrage de nature matérielle, le produit corporel de l'activité humaine, et les listes d'adresses ne peuvent pas être qualifiées d'ouvrage matériel ». L'affaire fut soumise en appel, à l'« Obergericht », lequel, tout en ne faisant aucune allusion à l'inapplication des règles du contrat d'entreprise en l'espèce, réforma la sentence et qualifia la convention de contrat de travail; il refusa notamment d'appliquer les règles du mandat parce que la possibilité de révoquer ou de répudier ce contrat en tout temps était incompatible avec la stipulation expresse introduite par les parties selon laquelle la fourniture d'adresses devait être faite pendant une durée de quatre ans, d'où il ressortait clairement qu'il n'était pas dans l'intention des contractants de considérer le contrat comme répudiable ou révocable en tout temps.

3. *Théorie de l'ouvrage matériel ou immatériel.*

Si la doctrine et la jurisprudence, depuis qu'elles ont admis la thèse du message de 1909, ont abandonné la notion étroite de l'ouvrage, c'est-à-dire l'ouvrage matériel, il n'en subsiste pas moins de graves divergences d'opinions en ce qui concerne l'ouvrage, au sens large du terme qui peut être l'objet du contrat d'entreprise.

Dans la première édition de son ouvrage, Oser, tout en se prononçant en faveur du message de 1909, déclare que « l'ouvrage est le résultat du travail qui se représente dans une chose matérielle ou immatérielle; un effet purement intellectuel ne peut, comme tel, être l'objet du contrat d'entreprise que lorsqu'il se matérialise (« sich verdichtet ») dans un bien juridique (un plan de construction, un manuscrit, un tableau, une invention) ¹ ». Il n'y a pas lieu de douter que l'auteur, en

¹ Voici le texte d'Oser : « Unter Werk ist zu verstehen (ein körperliches oder unkörperliches Werk, im Sinne eines bestimmten Rechtsgutes), also ein Arbeitsergebnis, das sich in einer körperlichen oder unkörperlichen Sache darstellt. Ein bloss geistiger Effekt (das Resultat einer Unterweisung, das sich in weitem und tiefern Kenntnissen des Unterrichteten zeigt, die Auskunft des Informationsbureaus) ist als solcher nicht Gegenstand des Werkvertrages, wohl aber, wenn er sich in einem Rechtgut (einem Bauplan, einem Manuscript, einem Druckwerk, einem Gemälde, einer Erfindung, usw.) verdichtet hat. » Nous avons longuement hésité à traduire l'expression « sich verdichtet hat » par « se matérialise », mais nos doutes ont été dissipés lorsque nous avons constaté qu'Oser et Schöenberger, dans leur *Commentaire du CO* (art. 363, rem. 2), indiquent, après avoir exposé l'opinion d'Oser, que la même conception se trouve dans Rossel. Or ce dernier définit l'ouvrage comme « tout produit matériel du travail humain ».

se référant au texte du message, entend rejeter l'ancienne théorie de l'ouvrage matériel. Cependant, selon lui, tout résultat matériel ou immatériel de l'activité humaine ne réalise pas forcément la notion d'ouvrage, au sens de l'article 363 CO, car pour lui l'ouvrage, même immatériel, doit prendre corps dans un bien juridique. Mais quelle est la notion de bien juridique ? Englobe-t-elle tout objet d'un rapport juridique ou seulement celui qui constitue une valeur patrimoniale ? Est-ce que cette notion est identique à celle de la chose ? Nous avons vainement cherché une définition de ce qu'Oser entend par « bien juridique » ; nous ne savons pas non plus ce qu'est un « effet purement intellectuel », car il ne définit cette expression que d'une manière indirecte, en se bornant à donner des exemples, tels que le résultat de l'enseignement qui consiste dans l'approfondissement des connaissances de l'élève, et la fourniture de renseignements par un bureau d'information.

Funk ¹ et Rossel ² se prononcent en faveur de la matérialisation du résultat de l'activité intellectuelle en des termes presque identiques à ceux d'Oser, avec cette particularité que Funk déclare que le produit d'une activité doit se matérialiser dans une forme quelconque (un ouvrage, au sens de l'article 58 CO, ou les idées contenues dans des plans ou des comptes).

Un jugement du tribunal de commerce du canton de Berne ³, daté de 1918, a appliqué la théorie d'Oser dans une affaire concernant la traduction d'une œuvre, travail qui fut qualifié de contrat d'entreprise parce que l'effet de l'activité intellectuelle prend corps dans un manuscrit. Notons à ce propos que la traduction d'un texte reste encore aujourd'hui un ouvrage immatériel malgré la matérialisation de l'effet intellectuel dans un manuscrit ⁴.

M. Guhl définit l'ouvrage comme « le résultat d'un certain travail, qui produit un bien juridique nouveau ou modifie un bien préexistant ». Le bien juridique peut consister, d'après cet auteur, dans une chose corporelle (construction, transformation ou démolition d'un bâtiment, confection d'un habit, etc.) ou dans une chose incorporelle (einer unkörperlichen Sache), telle ⁵ que la peinture d'une fresque,

¹ Funk : *Kommentar OR*, traduit par M. Porret, éd. 1930, art. 363, p. 227.

² Rossel : *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^e éd., n° 672, p. 444.

³ Publié dans la ZBJV, n° 54, p. 462.

⁴ Un autre arrêt de la Cour d'appel du canton de Berne fait également allusion à la théorie d'Oser et qualifie de contrat d'entreprise la convention qui oblige l'une des parties à faire, contre une rémunération payée par l'autre, un projet de construction avec établissement d'un devis approximatif, ZBJV, 57, p. 91, n° 14.

⁵ M. Guhl, *Das Schweizerische OR*, éd. 1944, § 47, p. 291. Dans la traduction française de cet ouvrage, on a rendu les termes « einer unkörperlichen Sache » par « une valeur incorporelle », ce qui constitue, mise à part l'ambiguïté de cette

l'établissement de plans, la mise au point d'une invention ou d'un procédé, l'impression d'annonces. Cependant, l'auteur exclut de la notion d'ouvrage les effets du travail qui ne réalisent pas, en eux-mêmes, la notion « d'un bien juridique distinct et formant un tout »¹ comme, par exemple, l'enseignement, le traitement d'une maladie, la préparation de médicaments par un pharmacien, le transport d'un objet, etc.

Dans la nouvelle édition allemande de son ouvrage, M. Guhl se contente en la matière, de citer les arrêts du TF concernant le contrat de spectacle (*Vorstellungsbesuchsvertrag*) et l'application des règles du contrat d'entreprise sur les rapports juridiques découlant d'un tel contrat. Est-ce un changement dans l'attitude de l'auteur à l'égard de la notion d'ouvrage ?

La théorie de l'ouvrage matériel et de l'ouvrage immatériel qui doit prendre corps dans un objet matériel, si elle a dominé la doctrine et la jurisprudence suisses à une certaine époque, est aujourd'hui en régression et cède la place à une autre théorie qui est plus en harmonie avec le développement et la sécurité des rapports juridiques. Cette évolution s'explique et se justifie par deux raisons :

Premièrement, cette théorie est diamétralement opposée à la conception du message de 1909 qui, en effet, ne s'occupe pas de la matérialisation de l'ouvrage immatériel et, d'autre part, elle ne fournit aucune définition ou délimitation de la notion de bien juridique.

Deuxièmement, elle finit par soumettre de nombreux ouvrages aux règles du mandat et, de ce fait, entraîne l'application du principe de la révocation ou répudiation du contrat en tout temps par l'une ou l'autre des parties, avec tous les dangers que ce principe comporte pour la sécurité des affaires.

De Torrenté, auteur d'une excellente thèse sur l'objet de contrat d'entreprise, constate que « certaines d'entre les dispositions du contrat d'entreprise du CO nouveau sont matériellement inapplicables ou ne peuvent s'appliquer avec opportunité à maintes promesses d'un résultat de l'activité humaine »². Si certains éléments qui caractérisaient la notion de l'ouvrage dans le CO ancien ont été abandonnés, « la règle suivant laquelle « l'ouvrage » devait s'affirmer de façon durable sur ou

expression, un élargissement, non voulu par l'auteur, de la notion d'ouvrage au sens de l'article 363 du CO. Il suffit d'examiner les exemples donnés par l'auteur en cette matière pour se persuader que ce n'est pas n'importe quelle valeur incorporelle qui peut réaliser la notion d'ouvrage, mais seulement des choses immatérielles qui prennent corps dans un bien juridique.

¹ FJS, n° 263, contrat d'entreprise, par M. W. Bürgi.

² De Torrenté, F. : *La dernière révision du Code fédéral suisse des obligations et l'objet du contrat d'entreprise*, Lausanne 1926, p. 94.

dans un corps est, selon l'idée de l'auteur, à considérer comme ayant survécu à la revision de 1911. Cependant, l'auteur fait exception en faveur de certains ouvrages, en nombre assez limité, qui ne revêtent pas ce caractère, ces ouvrages sont ceux qui consistent dans la captation, la transformation, la mise ou la remise au point... d'une des forces naturelles définies par l'article 713 CCS, de même les ouvrages qui ne sont pas autre chose que des résultats produits à l'aide d'une de ces forces et s'en révèlent, à vrai dire, les manifestations directes (tels l'éclairage, le chauffage électrique, etc.)¹. Nous verrons, tout à l'heure, que ces idées sont largement dépassées par la jurisprudence.

4. *L'élargissement de la notion d'ouvrage (Becker) et la jurisprudence du Tribunal fédéral.*

Les théories et tendances exposées dans les paragraphes précédents ont montré qu'il était nécessaire d'élargir la notion juridique de l'ouvrage, afin de satisfaire aux exigences de l'époque moderne, où la jurisprudence se voit contrainte de soustraire plusieurs rapports juridiques aux règles du mandat afin de pouvoir leur appliquer les dispositions du contrat d'entreprise. Ainsi Becker, en se référant à l'auteur allemand Gierke, déclare que « l'ouvrage au sens large est le résultat objectif d'une prestation d'activité ». « D'après le *gemeines Recht*, poursuit l'auteur, la notion d'ouvrage, dans ce sens large, englobait l'ouvrage matériel ou immatériel. Le contrat d'entreprise, dans ce droit, comprenait le transport des choses et des personnes par terre et par eau, la commission, le courtage et le contrat d'édition. » En droit suisse, ces conventions constituent des types de contrats indépendants. La doctrine de l'ancien CO entendait l'ouvrage dans le sens d'ouvrage matériel. « Or une représentation cinématographique ou une exécution musicale ne pouvaient pas, d'après cette conception, faire l'objet du contrat d'entreprise. » On peut se demander si la notion d'ouvrage a été modifiée lors de la révision de 1912. Compte tenu du message de 1909, il faut admettre qu'un changement est intervenu. Toutefois, il conviendrait de savoir si le législateur a exactement exprimé ses intentions en remplaçant l'expression « *Fertigstellung* » par les termes « *Erstellung und Umänderung* » (dans le CO révisé, résumé par le mot « *Herstellung* »). « En ce qui concerne le *gemeines Recht*, qui a été imité par le CO en matière de contrat d'entreprise², la distinction entre le contrat de

¹ Même auteur, p. 109.

² Voir plus haut, p. 84.

services et le contrat d'ouvrage s'opère par l'application du critère d'après lequel l'objet du contrat de services est le travail comme tel, tandis que l'objet du contrat d'ouvrage est le résultat comme un tout. » Mais alors, on ne comprend pas pourquoi le législateur doit refuser aux parties l'application des règles du contrat d'entreprise lorsque l'objet de la convention est l'obtention d'un résultat immatériel de l'activité humaine. Le renvoi aux règles subsidiaires du mandat rend la situation encore plus malaisée à cause du principe de la garantie du résultat de l'activité par l'entrepreneur¹. L'objet du contrat d'entreprise peut être constitué par l'exécution d'une partie non indépendante d'un ouvrage, aussi bien que par des travaux sur un objet indépendant². Est donc qualifié de contrat d'entreprise, la convention conclue entre le client et l'entreprise de projection cinématographique ou d'exécution musicale³.

Dans un arrêt du 18 mars 1952, rendu dans une affaire opposant la fondation des émissions de Radio Genève à dame B., le TF a déclaré que l'engagement d'une artiste en vue d'un seul concert diffusé par la radio ne constitue pas un mandat, mais un contrat d'entreprise car, « la notion d'ouvrage » du contrat d'entreprise (art. 363 du CO) comprend en général le résultat de toute espèce de travail, même s'il ne se concrétise pas dans une chose durable qui puisse être remise par l'entrepreneur au maître. L'ouvrage peut donc consister dans l'exécution d'œuvres musicales sur un instrument⁴.

Becker, tout en se basant sur le message de 1909 pour affirmer l'introduction d'un changement de fond dans le système juridique, n'attache pas grande valeur à la formule du message qui exige la présence d'un « bien juridique déterminé ». Il n'est pas nécessaire, selon sa théorie, que le résultat (comme un tout) de l'activité humaine soit concrétisé sous une forme durable et déterminée subsistant dans le monde extérieur : autrement dit, comme le déclarent Oser et Schönnen-

¹ Becker, art. 363, n^{os} 4 à 6, sic; Müller, Hermann : *Die Gefahrtragung nach schweizer. Werkvertragsrecht*, Thèse Zurich 1926, pp. 33 et 34, 36-39 : par ouvrage, au sens du titre XI du CO, on entend « jedes durch manuelle oder geistige Tätigkeit zustandgekommene Arbeitsprodukt, sei es materieller oder immaterieller Natur », p. 38. Voir également Trachsel : *Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages*, Thèse Berne 1923, p. 49; Bader, SJZ, XIX, p. 178.

² Le fait de ferrer un cheval a été qualifié d'ouvrage (Appenzell A-Rh, SJZ, 13, 148, n^o 34).

³ Il en est de même pour le contrat de transport prévoyant non seulement l'expédition de marchandises, mais aussi le transport jusqu'au lieu de destination, moyennant une rémunération fixe déterminée à l'avance, et effectué par le voiturier en son propre nom et pour son compte (non pour celui de l'expéditeur). Le TF a jugé qu'il s'agissait là d'un contrat à forfait analogue à un louage d'ouvrage. ATF 44 II 281 = JdT 1919, p. 81.

⁴ Sem. Jud. 1953, p. 257.

berger, la notion d'ouvrage se réalise même lorsque le résultat du travail n'a aucun « dauernden Niederschlag » sur une chose¹ et, par conséquent, ne peut être transféré comme une chose.

A l'appui de sa théorie, Becker cite l'ATF 43 II 370. La jurisprudence a admis, dans ce cas, que le contrat de livraison d'énergie électrique est un contrat d'entreprise lorsqu'il tend à produire un certain résultat, tel que l'éclairage d'un bâtiment, et un contrat de vente lorsqu'il a pour unique objet la livraison d'une certaine quantité d'énergie². Il en est de même pour l'engagement pris par une partie contractante de chauffer les locaux loués, ce qui constitue une obligation analogue à celle de l'entrepreneur, car il s'agit d'un rapport présentant des traits communs avec ceux créés par le contrat d'entreprise³.

Pour Oser et Schönenberger, ce qui caractérise le contrat d'entreprise, c'est moins le caractère corporel du résultat promis, que la promesse d'obtenir un résultat déterminé, un résultat, comme un tout, de l'activité réalisée contre rémunération⁴. Il est essentiel, dans le contrat d'entreprise, que l'entrepreneur supporte les risques de l'exécution du travail promis et, cela, aussi bien pour les ouvrages matériels que pour les ouvrages immatériels. A la notion étroite de l'ouvrage, on peut opposer en droit suisse, la disposition de l'article 394, alinéa 2 du CO, selon laquelle les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. Il convient donc, avant de soumettre la promesse d'atteindre un résultat immatériel aux règles du mandat, de prendre en considération le principe de la révocabilité en tout temps, établi par l'article 404, qui est une règle de droit impératif.

La jurisprudence du Tribunal fédéral semble se rallier à cette théorie du résultat objectif. Si l'arrêt concernant la livraison d'énergie

¹ Oser et Schönenberger, art. 363, n° 3.

² Voir également les arrêts du TF ATF 48 II 366 = JdT 1923, p. 98. ATF 53 II 233 = JdT 1927, p. 487. Cependant, la théorie adoptée par le TF dans ce domaine ne permet pas d'établir un critère objectif applicable aux problèmes juridiques qui peuvent se poser à propos du contrat de livraison d'énergie électrique. Le TF lui-même fait état de cette réserve : « l'on ne doit pas, néanmoins, se dissimuler que cette théorie ne fait, au fond, que donner une directive toute générale et qu'il y a lieu, dans chaque cas concret, d'examiner dans quelle mesure les circonstances spéciales imposent peut-être une solution juridique particulière ». ATF 53 II 236 = JdT 1927, p. 490. Cependant, le rapport entre le service communal d'électricité et les consommateurs ne relève du droit privé que lorsque les deux parties peuvent convenir de conditions différentes de celles qu'imposent les tarifs réglementaires. ATF 76 II 103 = JdT 1950, p. 258.

³ ATF 47 II 314 = JdT 1921, p. 565.

⁴ Oser et Schönenberger, art. 363, nos 1 à 5. « Was den Werkvertrag letzten Endes charakterisiert, ist weniger die Körperlichkeit des versprochenen Resultates, als vielmehr das Versprechen, einen bestimmten Arbeitserfolg, ein bestimmtes Arbeitsresultat als ein Ganzes gegen Entgelt zu erbringen. » (N° 3, p. 1382.)

électrique ne permettait pas au Tribunal de se prononcer sur le critère de distinction entre les diverses espèces de convention de travail, du fait qu'il s'attachait seulement à distinguer le contrat d'entreprise de la vente, il en va tout autrement dans l'ATF 59 II 263. Ici, le TF affirme que dans le contrat de publicité (qui est, en réalité, un contrat par lequel une partie s'oblige, moyennant paiement d'un prix, à publier ou à faire publier des annonces dans un périodique), ne consiste pas en une prestation de services, mais bien dans une prestation du résultat de l'activité qui est « l'acte de publicité ». Dans ce contrat, ni le client ¹, ni l'éditeur ou l'imprimeur ne possèdent le droit de résiliation en tout temps et unilatéralement. Un tel droit serait contraire à la nature, au contenu et au but du contrat. Et, un peu plus loin, le TF fait sienne l'opinion de Becker en déclarant que « l'ouvrage au sens large est une prestation de résultat objectif (Becker, Komm. OR, note 4, article 363, page 457) ; ce résultat peut être matériel ou immatériel. La distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise se fait, en droit suisse, d'après le principe que c'est le travail comme tel qui constitue l'objet du contrat de travail, tandis que c'est le résultat comme un tout de l'activité, le produit du travail qui est l'objet du contrat d'entreprise (Becker *ibid*) » ².

Parmi les décisions du TF qui traitent du contrat d'entreprise et qui se rallient entièrement à la théorie de Becker, il faut citer l'arrêt de principe 70 II 215. On peut résumer les faits comme suit : Le 1^{er} août 1942, à l'occasion de la fête nationale, une manifestation avec un concert et feu d'artifice avait été organisée à Berne au Kursaal Schänzli. La demanderesse s'y rendit après que son père lui en eut payé l'entrée. De nombreuses personnes, parmi lesquelles se trouvait la demanderesse, se tenaient dans une galerie vitrée qui jouxte un des côtés du jardin dans lequel le feu d'artifice devait avoir lieu. Par l'effet

¹ En réalité, le client, en qualité de maître dans un contrat de publicité qualifié de contrat d'entreprise, possède le droit de résiliation unilatérale. En ce qui concerne le contrat de régie d'annonces, selon lequel l'imprimeur accorde un monopole à une agence de publicité, le TF ne le qualifie de contrat d'entreprise que par rapport à la publication d'annonces (c'est-à-dire par le fait seulement que l'imprimeur s'oblige à imprimer les annonces) tandis que, par ailleurs, il constitue une convention analogue au bail à ferme. ATF 57 II 160 = JdT 1931, p. 602; ATF 59 II 260 = JdT 1933, p. 621.

² Dans un jugement de l'OG d'Appenzell - ARH, publié dans la SJZ 40, p. 124, la remise d'un cheval aux fins de dressage a été qualifiée de contrat d'entreprise. Le Tribunal a constaté que, selon le contrat en question, le cheval devait être préparé pour le service militaire et, après avoir affirmé qu'il y avait contrat d'entreprise, au sens de l'art. 363 du CO, même lorsque l'obtention d'un résultat incorporel entre en considération, a déclaré qu'« il est simplement essentiel qu'un effet final déterminé doive être atteint. Il faut admettre que le contractant s'engage à faire en sorte que l'animal soit apte à la monte par un dressage normal ».

des explosions de ce dernier, la vitre se brisa et la demanderesse reçut dans les yeux des éclats et des particules de verre. Grièvement blessée, elle dut subir l'énucléation de l'œil droit. La défenderesse, condamnée par la Cour d'appel à réparer complètement le dommage, recourut devant le TF en déclinant sa responsabilité. Celui-ci rejeta le recours ¹. Dans ses considérants, le TF, après avoir établi l'existence du rapport de causalité entre le feu d'artifice et le dommage, déclara qu'« en autorisant la demanderesse, moyennant paiement d'une entrée, à assister à sa manifestation, la défenderesse a conclu avec elle un contrat qui se caractérise comme un contrat de spectacles (*Vorstellungs-besuchsvertrag*). La prestation de la défenderesse, l'exécution du spectacle annoncé, peut être qualifiée d'ouvrage, au sens des articles 363 et suivants du CO, *car il faut entendre par ouvrage, d'une façon tout à fait générale, tout produit d'une prestation, même un produit incorporel, qui ne prend pas la forme précise et permanente d'une chose et ne peut donc pas être transféré comme telle* » ².

Ainsi, aucun doute n'est possible : le TF ³ a pris parti pour la théorie de Becker, lequel, en citant toujours les auteurs allemands et le « *gemeines Recht* », aboutit à la conclusion que toutes les promesses, faites à titre onéreux, de fournir le résultat de l'activité humaine, doivent relever du contrat d'entreprise. Or, une telle assimilation de la notion d'ouvrage dans le CO à celle du BGB est, du point de vue juridique, en contradiction avec le développement historique du droit suisse et, du point de vue pratique, injustifiée puisque le mandat dans le CO, contrairement au BGB, n'est pas nécessairement gratuit.

¹ ATF 70 II 215 = JdT 1945, p. 41.

² Voir également un arrêt analogue publié dans la SJZ 48, p. 365, n° 149. La qualification de ce rapport juridique comme un contrat d'entreprise ayant été admise par le TF, l'organisateur d'un spectacle payant s'engage *contractuellement* envers les spectateurs à faire la représentation de façon que ceux-ci ne subissent aucun dommage. Dans un de ses jugements, la plus haute instance du pays a même affirmé : « Ainsi, celui qui est blessé par un animal sauvage au cours de la représentation dans un cirque a une action contractuelle et non pas uniquement une action pour actes illicites, comme ce serait le cas pour un tiers assailli sur la route », ATF 70, II, 215 = JdT 1945, p. 41. En revanche, l'organisateur d'un spectacle gratuit n'assume *aucune obligation conventionnelle* envers les spectateurs, ATF 79 II 69. L'art. 41 du CO a été appliqué dans le cas d'un match de hockey dont l'entrée était gratuite et au cours duquel un joueur, lors d'une mêlée au bord de la patinoire, avait donné involontairement un coup de crosse à un spectateur, lequel perdit l'usage de l'œil droit. Voir encore ATF 80 II 26 — JdT 1955, p. 140.

³ Le TF estime (ATF 80 II 26 = JdT 1955, p. 140) que le contrat conclu entre un exploitant d'une salle de cinéma et un spectateur est un contrat de spectacles (*Vorstellungsbesuchsvertrag*) par lequel le premier s'oblige à projeter le film annoncé et à permettre à son contractant de jouir de cette représentation et le second à fournir une prestation en espèces. Cette convention doit être soumise, en principe, aux règles du contrat d'entreprise.

5. Conclusion.

Un examen de la doctrine révèle que les théories émises pour déterminer la notion d'ouvrage en droit suisse sont ou bien trop étroites (tout en s'efforçant, mais en vain, de définir ce que l'on doit entendre par bien juridique), de sorte qu'elles excluent de nombreux engagements ayant pour objet le résultat d'une activité et dans lesquelles la charge des risques incombe au débiteur, ou bien trop larges, de telle façon qu'elles négligent les particularités du droit suisse en ce domaine ¹.

Mais alors, quel principe doit-on suivre pour déterminer l'objet du contrat d'entreprise en droit suisse, et distinguer cette convention d'avec le mandat ? Avant de donner une réponse à cette question, il

¹ Une autre théorie, qui n'a joué un rôle ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, a été formulée par M. le Dr Raschle dans un article publié par la SJZ 15, p. 129, sous le titre « Grundsätzliches zum Werkvertragsrecht ». Après avoir montré l'ambiguïté du texte du message de 1909, Raschle déclare qu'aujourd'hui nous savons que non seulement une chaise ou une maison, mais un chant ou un tableau peuvent réaliser la notion d'ouvrage telle que l'entend le CO. Pour déterminer cette notion, il se base sur le côté pratique, économique de l'ouvrage : « der verstorbene Leipziger Rechtslehrer Hölder hat in einer guten Stunde den klugen Ausspruch getan, das Recht sei nicht für den luftleeren Raum geschaffen. Von dieser praktischen Wahrheit wollen wir ausgehen und zusehends von der praktischen, geldlichen Seite des Werkvertrags aus die uns selbst gestellte Frage auffassen ». En vertu de l'art. 363 du CO, le maître s'oblige à fournir le prix de l'ouvrage : ce dernier est alors, au sens du CO, une valeur pécuniaire, quelque chose qui vaut une valeur économique. Pour savoir si une prestation déterminée représente une valeur économique et constitue par conséquent un ouvrage au sens juridique, il faut l'examiner en tant que cas particulier. Toutefois, on doit prendre la notion de valeur économique dans une acception assez générale qui puisse se conformer aux rapports établis en l'espèce « sicher ist z. B. ein Gemälde, ein wirtschaftliches Wert, weil die wenigsten Käufer ein Gemälde sich aus purer Freude am schönen anschaffen, die wenigen Begeisterten die diese Freude haben besitzen meist kein Geld und die das Geld besitzen, betrachten das Gemälde als eine Kapitalanlage ». L'engagement par lequel un professeur s'oblige à enseigner un étudiant de façon que ce dernier puisse passer ses examens avec succès et gagner sa vie réalise la notion d'ouvrage en droit suisse. Mais cette théorie est fort contestable ; en effet, elle prétend que, pour déterminer le caractère économique du contrat, il faut prendre en considération l'augmentation directe ou indirecte du patrimoine du maître, alors qu'en réalité il ne faut considérer que l'engagement par lequel l'entrepreneur s'oblige à déployer son activité au profit du maître. Certes, le contrat d'entreprise a pour objet une prestation déterminée, mais il n'en est pas moins vrai qu'il met l'accent davantage sur la production d'un bien que sur la réalisation d'une valeur économique, médiate ou immédiate et, comme l'a si bien dit Traschel (p. 39), il n'est pas essentiel que la prestation de l'entrepreneur ait une valeur pécuniaire car il suffit qu'il y ait « ein schutzwürdiges Interesse des Bestellers ». A ce propos, un contrat d'enseignement comportant, outre les cours réguliers, la remise de disques à titre de prêt, la remise de livres et de cahiers, la correction des travaux et des examens et la fourniture de renseignements est un contrat combiné, *sui generis*, avec des prestations diverses correspondant, respectivement, à une location, une vente et un mandat. Ce contrat peut, comme un mandat, être révoqué en tout temps à la condition que les éléments provenant de la vente ou du bail ne l'emportent pas de telle façon que le mandat apparaisse comme un rapport accessoire. Semaine Judiciaire, 1953, p. 364.

nous semble opportun d'examiner les éléments et indices qui peuvent présenter une certaine utilité pour établir la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise. Cependant, nous devons relever, dès maintenant, qu'en droit suisse, n'importe quel résultat ne peut pas être l'objet du contrat d'entreprise¹, et que, *sans exiger que l'ouvrage se manifeste sur ou dans un corps, les promesses d'atteindre un certain résultat qui s'opère à l'occasion d'une chose ou d'un corps ne relèvent point du contrat d'entreprise*. Ainsi, ni la promesse de retrouver un objet égaré, ni l'engagement par lequel un avocat se charge d'encaisser une certaine somme d'argent due par un débiteur², ni le transport des personnes, ni le contrat conclu entre un touriste et un guide de montagne (*Bergführervertrag*)³ ne peuvent, à nos avis, être qualifiés de contrats d'entreprise.

6. Le transport des personnes.

A cet égard, il convient d'étudier le cas du transport des personnes, étant donné l'importance croissante de ce contrat dans la vie moderne

¹ Un arrêt publié dans la SJZ 49 a qualifié de mandat le fait de s'occuper, contre une rémunération, de l'obtention d'un permis d'importation officiel. Le mandant ne pouvait pas être assuré que la Commission du commerce extérieur accorderait le permis demandé. Le Tribunal déclara que, dès lors, l'assurance pouvait simplement se limiter à la promesse de s'efforcer d'obtenir le permis auprès de l'autorité compétente. Le mandataire n'a pas pu assurer le succès de l'opération et, selon ses dires, il ne pouvait même pas faire une promesse en ce sens; il affirmait simplement qu'il déploierait son activité à cette fin. Par conséquent, il ne pouvait pas s'agir d'un contrat d'entreprise. Et plus loin, le Tribunal dit que «il ressort des circonstances admises par les parties que le risque consistait simplement en ceci, que le mandataire ne pouvait exiger la rémunération si le résultat escompté ne se produisait pas; une telle condition est valable dans le cas du mandat», SJZ 49, p. 213, n° 89. Un arrêt du Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville a qualifié la promesse de procurer un emploi à quelqu'un comme un rapport de mandat. Cependant, si l'existence d'un rapport contractuel est niée, une action en dommages-intérêts peut être introduite sur la base de la «culpa in contrahendo».

² Cf. ATF 67 II, 226 = JdT 1942, p. 88; voir également la Sem. Jud. 1919, pp. 103-105; il s'agissait dans ce cas d'un accord conclu à Genève, par lequel une des parties avait autorisé l'autre à prendre une commission de 10 centimes par rouble si elle parvenait à réaliser à son profit une somme de 20 000 roubles déposée dans une banque étrangère.

³ Le contrat selon lequel le guide s'engage, contre rémunération, à conduire un touriste à travers une montagne déterminée et par une route déterminée, ne constitue d'après l'évolution actuelle du droit suisse, en aucune façon, un ouvrage. Voir également Othmar Bloetzer, *Der Bergführervertrag*, thèse, 1941, Fribourg, p. 27. Au reste, en concluant un tel contrat avec le touriste, le guide, qui est en général la partie économiquement la plus faible, n'entend pas se charger des risques d'un éventuel échec de son activité. En effet, le contrat passé avec le guide de montagne ne peut être, sans exclure l'éventualité d'un contrat de travail, qu'un mandat simple, conformément à l'art. 394, al. 2 du CO, avec cette particularité que le guide s'oblige en cas de révocation et sous peine d'une responsabilité disciplinaire ou même pénale, à ramener en toute sécurité l'autre contractant au point de départ. Cependant, une telle obligation ne constitue pas une dérogation au principe de la libre révocation du mandat, prévue à l'art. 404 du CO.

et la lacune du CO en ce qui concerne la réglementation de cette sorte de transport ¹. Sous l'empire de l'ancien CO, le transport des personnes, faute d'un texte légal particulier et d'une disposition semblable à l'article 394, alinéa 2 de l'actuel CO, était soumis aux règles du louage de services ².

Le contrat de transport dans l'actuel CO, de même que sous l'empire de l'ancienne codification, se rapporte au transport des choses, comme l'indiquent la dénomination du contrat « Frachtvertrag » et le texte même de l'article 440, alinéa 1 du CO, aux termes duquel « le voiturier est celui qui se charge d'effectuer le transport des choses moyennant salaire ». Ainsi, il n'y a aucun doute, le législateur passe complètement sous silence le transport des personnes et ne s'occupe que du transport des choses. Cette lacune, qui a fait l'objet d'interprétations diverses, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence, doit être comblée par une intervention rapide du législateur, en raison de l'importance croissante du contrat en question.

Schneider et Fick ³ et Rossel ⁴, tout en réservant les dispositions des lois spéciales sur le transport par chemin de fer, considèrent le contrat de transport des personnes comme un contrat de travail et veulent lui appliquer, en conséquence, les art. 319 et suivants; toutefois, Schneider et Fick font appel aux règles du mandat lorsqu'il s'agit d'un transport dans un but particulier, comme la location d'une auto-taxi pour visiter une ville.

Après avoir affirmé que le transport des personnes est un « Transportgeschäft » et non un « Frachtgeschäft », Oser et Schönenberger déclarent que le déplacement des personnes constitue, dans la règle, l'objet du mandat et qu'exceptionnellement il peut être soumis aux règles du contrat de travail lorsqu'il s'agit d'un engagement à temps ⁵.

¹ Nous entendons par « contrat de transport de personnes » le contrat de transport soumis aux dispositions du CO, abstraction faite des transports régis par des lois spéciales sur les transports par chemin de fer, les transports aériens et maritimes.

² Rehfous, Semaine Judiciaire 1896, *La responsabilité des transporteurs dans le transport des personnes*, p. 97.

³ Schneider et Fick, Remarques préliminaires au contrat de transport, p. 785, n° 16.

⁴ Rossel, *Manuel du droit des obligations*, p. 517 et éd. de poche de 1948, note 2 à l'art. 440 du CO.

⁵ Oser et Schönenberger ne disent pas « en cas d'obligation pour un temps déterminé » comme le cite M. Lacour dans ses notes publiées dans la Revue française de droit aérien de 1953, p. 497, et spécialement p. 507; ils écrivent tout simplement « Verpflichtung auf Zeit », ce qui veut dire un engagement pour un temps déterminé ou indéterminé au sens de l'art. 319 du CO concernant le contrat de travail.

Dans le même sens, Guhl¹ constate que « seul le transport des choses corporelles peut faire l'objet d'un contrat de transport. Le transport de personnes est un mandat ou, dans certains cas, un contrat de travail ».

Donc, l'idée qui prévaut dans la doctrine suisse est la suivante : le transport des personnes constitue un contrat de mandat : exceptionnellement, les règles du contrat de travail sont appliquées lorsque les conditions essentielles de ce contrat se réalisent. La qualification juridique du contrat de transport comme un mandat est, pour la doctrine suisse, une application de la règle énoncée à l'article 394, alinéa 2 du CO, selon laquelle les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats. Cependant, Riese et Lacour² avancent que si les articles 319 et suivants du CO (contrat de travail) et 394 et suivants du CO (mandat) sont applicables au contrat de transport des personnes, « il vaudrait cependant mieux appliquer, par analogie au droit français et allemand, les règles sur le contrat d'entreprise » (articles 363 et suivants du CO).

En ce qui concerne la jurisprudence, une nouvelle tendance s'est fait jour dans un jugement du tribunal de commerce de Zurich³ concernant la détermination de la nature juridique du contrat de transport aérien de personnes, contrat qui, selon le tribunal, doit être soumis, en cas de doute et au moins pour ce qui est de sa résiliation, aux règles du contrat d'entreprise. Voici le résumé des faits et des considérants de droit⁴ : La société A.S.A., à Zurich, avait conclu avec la compagnie d'aviation américaine T... un contrat pour le transport de Zurich à New-York et retour, d'environ trente membres de la Société suisse des maîtres bouchers. La moitié du prix du voyage aller et retour fut payée avant le départ de Zurich. Pendant le séjour des voyageurs en Amérique, des difficultés s'élevèrent au sujet de la date et du parcours du voyage de retour. La société A.S.A. informa la T..., peu de jours avant la date prévue pour le retour, que les maîtres bouchers auraient recours pour ce trajet, aux services d'une autre compagnie

¹ Guhl, p. 320; voir Favre et Wick (*Das schweizerische Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe*, éd. 1949, p. 64) qui qualifient le contrat de transport des personnes dans le CO, de contrat *sui generis*, auquel les règles du mandat peuvent s'appliquer en raison de l'analogie existant entre ces deux contrats. La même idée se trouve dans la FJS 1054, Chemins de fer, XIV, transport des voyageurs, par M. Jules Favre. Voir également FJS 1090, p. 14, par M. Jean T. Lacour, en ce qui concerne le droit aérien et le transport des personnes.

² Riese et Lacour : *Précis de droit aérien*, éd. 1951, p. 288.

³ Ce jugement du 19 décembre 1951 est publié dans les Bl. Zür. R. 1952-53, p. 134, note 78.

⁴ Vu l'importance de cet arrêt, nous reproduisons dans le texte la traduction qui en a été faite par M. Jean T. Lacour et qui fut publiée dans la Revue française de droit aérien, 1953, p. 497.

d'aviation, ce qui fut effectivement le cas. La compagnie T... actionna la société A.S.A. devant le Tribunal de commerce de Zurich, en paiement de la seconde moitié du prix convenu pour le voyage aller et retour. Le Tribunal de commerce admit la demande en principe. Il appliqua le droit suisse comme droit subsidiaire au sens de l'article 100 de la Loi de procédure civile zuricoise et se prononça dans les termes suivants au sujet des dispositions applicables :

« Il faut examiner à quel type de contrat il y a lieu d'assimiler, en droit suisse, le rapport contractuel existant entre les parties. On doit relever à ce propos qu'il ne semble pas que la demanderesse puisse se mettre au bénéfice de conditions spéciales de transport; elle ne fait pas non plus partie de l'IATA (International Air Transport Association) qui a établi des conditions particulières pour ses membres. La convention de Varsovie du 12 octobre 1929 ne donne pas non plus de solution à cette question. La loi fédérale sur la navigation aérienne prévoit en son article 75 que le Conseil fédéral édictera un règlement sur le transport aérien et qu'il réglera de plus le transport de personnes; un tel règlement n'est cependant pas encore en vigueur, aussi il y a lieu d'appliquer en l'espèce les normes générales du droit. En pratique, seules les dispositions du mandat ou du contrat d'entreprise entrent en ligne de compte.

« La doctrine juridique suisse soumet d'une manière générale le contrat de transport de voyageurs aux règles sur le mandat (voir Oser et Schönenberger, ad article 440 du CO, note 7; Riese, *Luftrecht*, 1949, p. 285; Schwendener, *Der Personentransport*, Berne 1911, p. 29). Riese cependant déclare vouloir appliquer, à titre de complément, les dispositions sur le contrat d'entreprise. Aucune des œuvres citées ci-dessus ne donne une justification complète et détaillée en faveur de l'application des règles du mandat. La jurisprudence allemande applique du reste dans ces cas-là, sans donner de motifs, régulièrement, les normes concernant le contrat d'entreprise (voir Staudinger, *Kommentar, BGB*, 9^e édition, remarques préliminaires aux articles 631 et suivants, II, 3). Ceci s'explique du reste aisément par le fait que le mandat a une réglementation différente en droit suisse et en droit allemand, puisque, dans ce dernier droit, le mandat est, en principe, conclu à titre gratuit; il ne peut s'appliquer à des contrats de transports conclus à titre onéreux.

« On doit cependant examiner si les motifs qui militent en droit allemand pour l'application des règles du contrat d'entreprise sont également valables en droit suisse.

« Le mandat est, en l'occurrence, le contrat subsidiaire pour les

prestations consistant en travail, c'est-à-dire que les règles du mandat sont applicables aux rapports de travail qui ne peuvent être régis par un autre type de contrat (article 394, alinéa 2).

« Il s'ensuit que si les dispositions légales régissant un autre contrat doivent être appliquées de préférence, les règles du mandat ne le seront pas.

« Le mandat et le contrat d'entreprise diffèrent en ceci que dans ce dernier contrat l'entrepreneur est responsable pour le succès d'un travail, considéré comme un tout, tandis que le mandataire n'est obligé qu'à une activité dans une direction déterminée (Oser et Schönenberger, ad article 363 du CO, note 14). Les services comportant une certaine liberté dans l'exécution sont de ce fait soumis en général aux règles du mandat, car il n'est, dans ces cas-là, pas possible de s'obliger au succès de l'entreprise. Il en va tout autrement dans le domaine du transport de voyageurs. Ce transport, même s'il s'agit d'un transport aérien, s'effectue généralement dans le cadre d'un horaire déterminé et le passager peut compter et on s'oblige vis-à-vis de lui, à obtenir le résultat attendu, le changement de lieu. Il est également établi un billet sur lequel est indiquée la créance consistant en l'obtention de ce résultat. Dans un tel contrat, il n'est, d'autre part, pas essentiel de savoir qui fera le nécessaire pour le transport, ce qui compte c'est le fait que le transport sera effectué. Ceci apparaît particulièrement clairement dans la présente espèce, où il s'agit du transport de toute une société et où, par conséquent, les parties, pour obtenir le résultat désiré, ont dû entrer à l'avance en contact pour se mettre d'accord sur les questions de mise à disposition de l'avion, parcours, lieu d'arrivée, etc. »

« Même si l'on voulait admettre qu'il n'y a pas un contrat d'entreprise à l'état pur, mais un rapport contractuel mixte, on devrait, en tous les cas, en ce qui concerne la résiliation du contrat, appliquer les règles du contrat d'entreprise. Le passager est en effet informé que le but final, le changement de lieu, sera obtenu. »

« Ce but imposé est en contradiction absolue avec la révocation libre telle qu'elle existe dans le mandat et qui n'est tempérée que par l'obligation de verser des dommages-intérêts si la révocation a lieu en temps inopportun (article 404, alinéas 1 et 2 du CO). Il se peut qu'il en ait été autrement lors des débuts des transports aériens, alors que chaque vol comportait un certain risque et que les autres entreprises ne pouvaient engager leur responsabilité, ne serait-ce que pour une certaine probabilité dans la tenue de l'horaire. Mais aujourd'hui, on le sait, les circonstances sont beaucoup plus sûres. Les entreprises de

transport aérien ne sont aujourd'hui plus amenées à faire appel à un tel droit de révocation libre et elles doivent, en conséquence, être tenues à l'exécution du contrat conclu. Peut-être bien que du côté des passagers il n'existe pas de motifs impératifs pour un lien contractuel aussi fort; d'autre part, les compagnies de transport prévoient ordinairement des règles particulières pour les cas de résiliation de la part des passagers. Evidemment, dans le cas où de telles règles n'existeraient pas, il serait peu satisfaisant que les passagers puissent se départir du contrat sans aucune suite, de même qu'on ne saurait admettre non plus qu'une telle révocation soit toujours considérée comme intervenue en temps inopportun et que le passager soit de ce fait tenu à des dommages-intérêts. La nécessité d'une protection accrue de l'entrepreneur existe tout particulièrement dans un cas comme celui de la présente espèce, où il s'agit du voyage de toute une société et où une partie importante d'un avion est mis à contribution. Si, comme c'est le cas, une exécution partielle intervient, on doit relever que, dans la règle, pour la prestation entière (vol aller et retour), une réduction de prix est accordée, et de ce fait les prétentions de la compagnie ne seraient pas complètement couvertes si on lui accordait uniquement l'intérêt négatif au contrat. C'est là une raison de plus d'admettre qu'il s'agit d'un contrat d'entreprise et il faut encore remarquer que dans ce cas-là un droit de révocation du maître de l'ouvrage existe aussi, mais seulement moyennant indemnisation complète de l'entrepreneur. »

La Cour de cassation de Zurich a rejeté un pourvoi en nullité contre cet arrêt. Le Tribunal fédéral n'a pas admis un recours en réforme pour le motif que le droit californien avait été déclaré applicable et que l'application du droit suisse à titre de loi subsidiaire ne pouvait être examinée dans la procédure en réforme.

Dans une note publiée à la suite de cet arrêt, M. Lacour estime que les arguments du Tribunal zuricois peuvent être étendus de manière que les règles du contrat d'entreprise s'appliquent, non seulement au contrat de transport aérien de personnes, mais aussi au contrat de transport de personnes en général, d'une part, et qu'elles peuvent, d'autre part, être élargies de façon qu'elles soient valables, non seulement pour la question de la révocation du contrat, mais aussi pour toutes les conséquences du contrat de transport de personnes¹; enfin il conclut que « cette tendance, basée sur la doctrine et la jurisprudence française et allemande paraît pleinement justifiée ».

A notre avis, le contrat de transport de personnes doit être soumis

¹ La Revue française de droit aérien, 1953, p. 497.

aux règles du mandat (exceptionnellement aux règles du contrat de travail), mais non à celles du contrat d'entreprise, et cela pour les raisons suivantes :

1) La thèse qui veut assimiler le droit suisse au droit allemand doit être écartée, car on ne peut pas invoquer, en Suisse, la doctrine et la jurisprudence allemandes en faveur de la qualification juridique du contrat de transport de personnes comme un contrat d'entreprise. En effet, l'objet d'un tel contrat, en droit allemand, englobe, comme nous l'avons vu, toutes les promesses faites à titre onéreux en vue d'atteindre un certain résultat de l'activité humaine, qu'il s'agisse d'un résultat matériel ou immatériel ou d'un simple changement de lieu. Certains auteurs allemands ¹ ne voient pas dans le déplacement d'une chose ou d'une personne un ouvrage matériel ou immatériel, mais un ouvrage formant à lui seul une troisième catégorie d'objets du contrat d'ouvrage. En droit allemand, on est contraint de faire entrer le contrat de transport de personnes dans la catégorie des contrats d'ouvrage, puisqu'il est impossible de le considérer comme un mandat, en raison du principe de la gratuité de ce dernier, ce qui n'est pas le cas en droit suisse.

2) On ne peut pas non plus invoquer la doctrine et la jurisprudence françaises pour soutenir la thèse du tribunal zuricois car, en France, le Code, dans son article 1779, range le transport des personnes et des marchandises parmi les trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie. Et même si l'on objecte que les articles 1782-1786 se rapportent uniquement au transport des marchandises, le transport des personnes ne peut être qualifié que de louage d'ouvrage, puisqu'on n'y trouve ni l'élément essentiel du mandat, à savoir la représentation juridique du mandant par le mandataire, ni l'une des caractéristiques exigées par la doctrine et la jurisprudence françaises pour le contrat de travail, à savoir le lien de subordination.

3) En droit suisse, la question est un peu plus complexe. D'une part, il est excessif de prétendre que tout résultat de l'activité humaine peut réaliser la notion de l'ouvrage, car il est théoriquement et pratiquement admissible que des contrats de résultat ne tombent pas sous les règles du contrat d'entreprise, mais sous celles du mandat; d'autre part, le mandat peut, contrairement au droit allemand, être exécuté à titre gratuit ou à titre onéreux et peut, contrairement au droit français, avoir pour objet des actes juridiques ou des actes purement matériels.

La notion de l'ouvrage dans le projet de Dresde qui a servi de

¹ Oertmann, *vorbem. Werkvertrag*, p. 627, 1b; Crome, p. 675, 264.

modèle à la rédaction du titre relatif au contrat d'entreprise dans le CO ancien et qui a été par la suite reproduit avec quelques modifications dans le CO actuel, ne visait que l'ouvrage au sens restreint (das Werk im engeren Sinne) ¹, notion qui exclut, entre autres, le contrat de transport du domaine du contrat d'entreprise. Il s'ensuit que dans le Code de 1881 l'intention du législateur suisse était d'exclure le déplacement des choses et des personnes de la notion d'ouvrage, idée qui a été confirmée — en ce qui concerne le transport des choses — par le législateur de 1912, lequel a soumis ce contrat, sauf les dérogations résultant du titre seizième, aux règles du mandat. Par conséquent, on peut dire que l'étude de l'évolution historique du droit suisse vient grandement renforcer notre position ².

4) L'article 440, alinéa 2 du CO prévoit que « les règles du mandat sont applicables au contrat de transport, sauf les dérogations résultant du présent titre ». Sans vouloir tirer de cet alinéa un argument direct en faveur de notre thèse relative à la qualification juridique du contrat de transport des personnes, nous pouvons affirmer que le législateur suisse considère le contrat de transport comme une variété du mandat. Cette constatation n'est pas sans utilité, car la doctrine française ³, dans son ensemble, assimile le transport des personnes au transport des marchandises, au point de vue de leur nature juridique. Il est vrai que cette assimilation souffre une limitation d'ordre matériel et juridique qui, toutefois, s'exerce, non dans le domaine de la nature juridique, mais bien dans celui de l'exécution du contrat, de sorte qu'on ne peut pas faire intervenir, par exemple, la notion de dépôt dans le transport des voyageurs. Cette remarque doit être prise en considération, en droit suisse, car il est tout à fait inopportun de soumettre deux contrats ayant la même nature juridique aux règles de conventions différentes.

5) Le Tribunal zuricois soutient que « le but imposé, le but final, le changement de lieu, est en contradiction absolue avec la révocation libre telle qu'elle existe dans le mandat et qui n'est tempérée que par l'obligation de verser des dommages-intérêts, si la révocation a lieu en temps inopportun ». Cependant, l'observation énoncée au chiffre 3 ci-

¹ Voir plus haut, p. 65.

² Dans le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le règlement du transport aérien du 3 octobre 1952, on trouve le passage suivant : « La Suisse n'a encore aucune législation spéciale s'appliquant aux transports non régis par la convention de Varsovie. Ces transports sont soumis par conséquent aux règles de notre code des obligations, c'est-à-dire aux prescriptions sur le mandat et le contrat de travail, s'il s'agit de transporter des personnes, et à celles sur le contrat de transport, s'il s'agit de transporter des biens ». Feuille fédérale 1952, vol. III, p. 228.

³ Escarra et Rault, n° 820 ; Josserand, *Les transports*, n° 817.

dessus nous permet de faire remarquer que cette libre révocation est également admise dans le transport des marchandises, car il n'est qu'une sorte de mandat (avec les restrictions imposées par l'article 443 du CO, dans l'intérêt du destinataire).

6) Le Tribunal zuricois s'est efforcé de montrer la nécessité d'une protection accrue de l'entrepreneur de transport à l'égard du maître. Mais, si cette protection était pleinement justifiée à l'époque où l'entrepreneur n'était qu'un simple travailleur manuel, elle nous paraît aujourd'hui moins nécessaire, car les entrepreneurs se présentent fréquemment sous la forme de grandes compagnies, avantagées vis-à-vis de leurs clients par leur puissance économique, ce qui fait d'eux, en général, la partie la plus forte au point de vue économique.

7) Dans le cas particulier, nous admettons, avec le tribunal que, si une exécution partielle intervient, on doit relever que, dans la règle, pour la prestation entière (vol aller et retour), une réduction de prix est accordée, mais nous ne sommes pas d'accord lorsqu'il affirme que « les prétentions de la compagnie ne seraient pas de ce fait complètement couvertes si on lui accordait uniquement l'intérêt négatif au contrat », pour le simple motif que, dans ce cas, l'indemnisation englobe, entre autres, la différence entre le prix du billet simple course et la moitié de la somme exigée pour le double voyage. Une telle indemnisation est absolument équitable.

A la lumière des arguments que nous venons d'avancer pour soustraire le contrat de transport des personnes à l'application des règles du contrat d'entreprise, et en nous fondant sur l'article 394, alinéa 2 du CO, nous concluons que ce rapport juridique doit être soumis, en général, aux dispositions du mandat et, éventuellement, à celles du contrat de travail, lorsque les éléments essentiels de ce contrat se trouvent réunis.

Chapitre III

LA DÉNONCIATION EXTRAORDINAIRE DU MANDAT (ET DU CONTRAT D'ENTREPRISE)

La différence la plus importante entre le mandat et le contrat d'entreprise réside dans le fait que celui-là est révocable par le mandant et répudiable par le mandataire en tout temps, même en temps inopportun (art. 404 CO), tandis que celui-ci ne peut être dénoncé (il s'agit alors d'une dénonciation extraordinaire) que par le maître, qui doit alors payer le travail effectué en vue de l'exécution de l'ouvrage et verser une indemnité complète; l'entrepreneur, quant à lui, ne possède pas une telle faculté (art. 377 CO).

Le droit du mandant de révoquer le mandat, le droit du mandataire de répudier le mandat et celui du maître de « se départir » du contrat d'entreprise sont des droits formateurs résolutoires (*aufhebende Gestaltungsrechte*) dont l'exercice, par un acte juridique unilatéral, éteint un rapport de droit ¹.

Entre révocation (Widerruf) et répudiation (dénonciation, *Kündigung*) au sens de l'article 404 CO, il n'y a pas de différence juridique, car il s'agit dans les deux cas d'une déclaration de volonté unilatérale mettant fin à un rapport juridique. En outre, le texte de cet article affirme l'égalité des effets de la révocation faite par le mandant et de la répudiation effectuée par le mandataire en temps inopportun ².

¹ Von Tuhr, § 20, III, p. 123, et vol. II, § 74, p. 562.

² Sans que cela entraîne des conséquences juridiques différentes, on parle de révocation de la part du mandant et de répudiation de la part du mandataire, Oser et Schönenberger, art. 404, n° 4. Herschsohn observe avec raison que la différence entre ces deux expressions réside dans l'usage que le langage courant en fait. Lorsqu'on est en présence d'une procuration liée à un mandat, on parle, en ce qui concerne la procuration, de révocation, tandis que pour le mandat on emploie le mot « dénonciation » (*Kündigung*) : « Dans ce cas, si le mandant veut mettre fin à l'ensemble du rapport juridique, il doit, théoriquement, dénoncer le rapport du mandat et révoquer la procuration. » Cependant, il est tout à fait admissible qu'une dénonciation intervienne sans révocation ou une révocation sans dénonciation. Herschsohn : *Die Kündigung im schweizerischen O.R.*, Thèse Zurich 1925, p. 128, note 2.

L'ancien code des obligations, à l'article 402 (texte allemand) parlait de Kündigung « pour désigner, dans le mandat, la résiliation unilatérale et arbitraire décidée soit par le mandant, soit par le mandataire, ce qui était, au point de vue de l'unité de la terminologie juridique, bien préférable au texte actuel de l'article (404 CO). Il faut observer, cependant, que la dénonciation se fait en général à terme, c'est-à-dire qu'elle ne produit ses effets qu'à l'expiration d'un certain délai (délai de dénonciation) ¹, c'est pourquoi le législateur a voulu éviter le terme « dénonciation » et emploie à l'article 377 CO l'expression « se départir du contrat » pour réglementer le cas où la dénonciation met fin au rapport juridique de manière abrupte. Mais cette terminologie est encore critiquable, car elle peut induire en erreur en laissant entendre que dans cet article il s'agit d'une résolution (Rücktritt), alors qu'en réalité il s'agit d'une dénonciation (résiliation) ². La révocation et la dénonciation possèdent en commun une caractéristique principale qui les distingue nettement de la résolution, à savoir, l'absence d'effet rétroactif. Autrement dit, elles produisent leurs effets *ex nunc*, tandis que la résolution anéantit le rapport juridique *ex tunc* (anéantissement rétroactif de la convention) les parties contractantes devant se trouver dans la situation où elles étaient avant de passer le contrat.

Si le législateur, en prévoyant le droit de résiliation unilatérale de la part du mandant et du mandataire, a dérogé aux principes généraux qui régissent les rapports obligationnels ³, c'est qu'il a fallu, comme l'ont signalé la plupart des auteurs ⁴, tenir compte du lien de confiance qui

¹ Dans le texte français du CO, le mot « Kündigung » a été rendu de plusieurs façons. A l'article 347, il est rendu par « congé », tandis qu'à l'article 404, il est appelé « répudiation ». A notre avis, l'expression « dénonciation extraordinaire » est celle qui correspond le mieux à la nature de la résiliation unilatérale prévue aux articles 377 et 404 CO. Dans les pages suivantes, nous entendrons par « dénonciation extraordinaire » une dénonciation faite sans l'observation d'un délai et décidée sans de justes motifs. Les mots « révocation », « répudiation » et « dénonciation » doivent, sauf mention contraire et expresse, être interprétés dans ce sens.

² Le premier projet de BGB employait le terme « zurückzutreten » pour désigner le droit du maître de dénoncer le contrat d'ouvrage, mais cette expression a été, à bon droit, remplacée par « Kündigung » au paragraphe 649.

³ En droit romain, en dépit du principe de la gratuité, le rapport du mandat était beaucoup plus fort que celui qui résulte de l'article 404 CO. Le mandataire n'avait pas le droit de révoquer en tout temps le rapport juridique; au contraire, il n'était autorisé à le faire, abstraction faite des cas où il y avait de justes motifs, que lorsque le mandant était en mesure de s'occuper lui-même, sans dommage, de l'affaire en question; Karl Wächter, *Pandekten*, Leipzig 1881, t. 11, p. 452.

⁴ Becker, art. 404, n° 1; Oser et Schöenberger, art. 404, n° 1; Guhl, p. 305. Hodler, auteur d'avant 1912, a essayé de proposer une autre interprétation. Il ne voit pas la raison pour laquelle on doit distinguer, sur le terrain de la confiance, d'une part, le contrat de travail et le contrat d'entreprise qui ne comportent pas de droit de dénonciation pure et extraordinaire et, d'autre part, le mandat, qui peut être dénoncé en tout temps. Cet auteur prétend, en effet, que le contrat de travail permet à l'employé de surprendre les secrets professionnels de l'employeur et, de ce fait,

doit exister dans les rapports du mandant et du mandataire. Ce lien de confiance, exigé tout spécialement dans le cas du mandat, permet au mandant de mettre fin au rapport juridique au moyen de la révocation, lorsqu'il estime que le mandat ne sert plus ses intérêts ou encore lorsque sa confiance envers le mandataire se révèle mal placée. En ce qui concerne le mandat à titre gratuit, son caractère de rapport fondé sur la simple complaisance suffit par lui-même à justifier la libre résiliation unilatérale. Par contre, dans le mandat onéreux, le droit du mandant de révoquer le contrat est justifié par le lien de confiance, tandis que le droit du mandataire de dénoncer le mandat se fonde non pas sur ce lien — car il serait invraisemblable que le mandataire passe un engagement avec le mandant sur la base des qualités personnelles de ce dernier — mais sur le principe de l'équité, selon lequel le mandataire ne peut se trouver dans une situation juridique moins favorable que celle du mandant.

Becker¹ déclare que le mandat a pour objet, en général, des services relevant du domaine des professions libérales, services qui mettent en question la situation du mandataire dans la société. Pour cette raison, et parce que l'exécution du mandat fait intervenir, dans la plupart des cas, la personnalité du mandataire, celui-ci doit avoir le droit de dénoncer en tout temps le rapport juridique.

Le rapport de confiance, considéré comme la *ratio legis* du droit de dénonciation extraordinaire conféré au mandant, a été attaqué sur deux points : premièrement, on a prétendu que le rapport de confiance doit exister non seulement dans le mandat, mais encore dans l'ensemble des conventions de travail; deuxièmement, certains auteurs se sont demandé comment on peut expliquer les cas où le mandant révoque le mandat par pur caprice, bien que sa confiance dans le mandataire n'ait pas été ébranlée². Il est clair, toutefois, que l'on ne peut assimiler le lien de confiance tout spécialement exigé dans le mandat avec celui qui doit exister dans les rapports juridiques découlant d'un contrat de travail, par exemple, car le rapport d'emploi est caractérisé par la subordination de l'employé à l'employeur, subordination qui met ce dernier en mesure de contrôler et de surveiller l'activité de l'employé. Il en est autrement

suppose une grande confiance entre les deux parties; enfin, il trouve une justification de sa thèse dans le texte même de la loi (art. 392 al. 2 de l'ancien CO) qui prévoyait que « le mandat est un contrat par lequel le mandataire qui l'accepte s'oblige à gérer *selon la volonté du mandant* l'affaire dont il s'est chargé ». Notons que dans le texte actuel de l'article 394 CO la phrase soulignée a été remplacée par « dans les termes de la convention ».

¹ Becker, art. 404, n° 1.

² Bruno von Büren, pp. 74-82. Voir également Hodler : *Der Widerruf*, p. 109.

dans le cas du mandat : le mandataire jouit d'une certaine indépendance dans ses rapports avec le mandant, ce qui augmente la confiance qui doit être mise en lui ¹.

Dans le contrat d'entreprise, seul le maître peut, à un moment quelconque antérieur à l'achèvement de l'ouvrage, dénoncer le contrat de façon extraordinaire, l'entrepreneur n'ayant pas ce moyen extraordinaire d'éteindre le rapport juridique ². Ce droit de dénonciation conféré au maître, bien qu'il ne doive pas nécessairement être accompagné d'un délai de dénonciation ou qu'il soit basé sur un juste motif, ne peut cependant pas être assimilé au droit de révocation prévu à l'article 404 alinéa 1 CO, car il est lié à l'obligation de verser une indemnité complète. Le contrat d'entreprise, dans la plupart des cas et abstraction faite, en particulier, de l'exécution des œuvres artistiques, appartient à cette catégorie de conventions de travail dans lesquelles la personne de l'entrepreneur ne joue pas le même rôle que celle du mandataire, ce qui rend nécessaire l'existence d'un motif pour que l'entrepreneur soit autorisé à résilier le contrat. D'autre part, le TF observe qu'en permettant au maître de « se départir du contrat à tout moment avant l'achèvement de l'ouvrage », le législateur n'a sans doute pas envisagé uniquement le cas où le maître change simplement d'idée, mais encore le cas plus normal où le maître résilie le contrat pour des motifs sérieux, car ce n'est pas toutes les fois que le maître a de bonnes raisons de décommander l'ouvrage que l'on doit appliquer l'article 378 CO » ³.

Cette situation des rapports juridiques dans le contrat d'entreprise fait de l'exécution de l'ouvrage un devoir, mais non un droit, à la charge de l'entrepreneur, car il serait par trop sévère d'obliger le maître à accepter la continuation de l'exécution d'un ouvrage dont il

¹ Il faut reconnaître que le premier argument a gagné en force du fait que l'on a qualifié de contrats d'entreprise les promesses d'exécuter des œuvres artistiques.

² Cependant, l'entrepreneur jouit d'un droit de dénonciation dans le cadre de l'article 373 CO. Cette disposition basée non pas sur l'ancienne théorie de la clause fictive, *rebus sic stantibus*, mais sur le principe supérieur, de la bonne foi (von Tuhr, § 74, p. 565) prévoit que le juge peut accorder soit une augmentation du prix stipulé, soit la résiliation du contrat au cas où « l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les prévisions qu'ont admises les parties ». On doit cependant observer que, bien que cet article déclare expressément qu'il appartient au juge d'accorder la résiliation du contrat, le Tribunal fédéral a jugé qu'« il serait erroné d'en déduire (du texte) que l'entrepreneur doit toujours attendre que le juge l'autorise à résilier le contrat. Pareille obligation ne se concilie pas avec les exigences de la vie pratique; l'entrepreneur doit avoir la faculté de se refuser à exécuter l'ouvrage s'il s'y croit fondé, sauf au juge à apprécier ensuite, en se rapportant à l'époque où le refus est intervenu, si la résiliation était justifiée par les circonstances ». ATF 48 II 125.

³ ATF 69 II 139 = JdT 1944, p. 142.

n'a plus besoin. L'entrepreneur n'est nullement lésé par le fait que ce droit de libre résiliation appartient seulement au maître, puisqu'il est protégé par la disposition légale prévoyant son indemnisation complète. D'autre part, on ne saurait négliger le caractère ni le statut juridique spécial de l'entrepreneur et, par conséquent, on n'est pas en droit de proposer, en se basant sur des considérations d'équité et en tenant compte de la continuité des rapports juridiques découlant des conventions de travail, que l'on accorde à l'entrepreneur un droit de dénonciation extraordinaire semblable à celui du maître de l'ouvrage ou au droit de dénonciation reconnu dans le mandat ¹. A notre avis, la principale objection est tirée du fait que les risques sont à la charge de l'entrepreneur. Celui-ci étant responsable de l'obtention du résultat promis, il ne peut dénoncer le rapport juridique qui le lie au maître pour des motifs dépendant de son caprice personnel.

Dans le contrat d'entreprise, nous avons affaire à une responsabilité en vue d'atteindre un certain résultat. L'entrepreneur s'engage, par une exécution régulière, à obtenir le résultat de l'activité au bénéfice de l'autre contractant. Une telle obligation peut faire l'objet d'une exécution en nature, c'est-à-dire consister dans la fourniture du résultat du travail et l'action en dommages-intérêts a, dans ce domaine, un caractère subsidiaire. Il en va tout autrement dans le cas du mandat, car le « devoir d'agir » qui incombe au mandataire dépend à chaque phase de l'exécution, de la volonté de chacune des parties et, par voie de conséquence, toute action en exécution du « devoir d'agir » est forcément vouée à l'échec du fait que le mandataire peut utiliser en tout temps son droit de dénonciation ².

En ce qui concerne la révocation, il va de soi que, dans le mandat, elle peut être expresse ou tacite. Une révocation tacite est admise dans tous les cas où le mandant agit de façon incompatible avec la continuation du mandat, par exemple, lorsqu'il se charge lui-même de l'exécution du mandat. En revanche, pour la dénonciation du contrat d'entreprise par le maître, il ne suffit pas d'une simple déclaration; cette dernière doit contenir l'offre de dédommagement prévu à l'article 377 CO. Afin d'assurer à l'entrepreneur une protection juridique suffisante à l'égard du maître, il est indispensable que le premier sache si la résiliation se fonde sur une violation du contrat qu'il aurait commise ou sur un vice de la volonté (erreur, dol, etc.) ou sur le droit de

¹ Voir Rümelin, p. 296; Bruno von Büren, p. 82.

² M. Gautschi, pp. 180-181. Cependant, on peut intenter une action en exécution en nature pour obliger le mandataire à rendre compte de sa gestion et à restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef.

libre dénonciation prévu par la loi. Une déclaration non accompagnée d'une offre de dédommagement ne peut pas priver l'entrepreneur de son droit à la réparation des dommages subis. Cependant une acceptation sans opposition de la part de l'entrepreneur d'une déclaration pure et simple peut, d'après Becker¹, être interprétée comme une renonciation à son droit de contester la validité de la déclaration. Dans ce cas, le principe de la bonne foi exige que l'entrepreneur communique sans délai son refus au maître². Riezler soutient que le silence du maître pendant le délai prévu pour l'acceptation de l'ouvrage ne doit pas être interprété comme une dénonciation du contrat³. A notre avis, cette question ne se pose pas, pour la simple raison que si le maître a été mis en demeure d'accepter l'ouvrage, cela signifie que l'ouvrage a été achevé et, dès lors, selon l'article 377 CO, le maître n'a plus aucun droit de dénonciation après cet achèvement.

Il y a encore, entre les deux contrats, cette différence que la déclaration du maître est soumise aux règles générales concernant la détermination du moment où la déclaration produit ses effets, à savoir, lors de l'arrivée de la déclaration chez le destinataire, alors que la dénonciation du mandat ne produit ses effets que lorsque le mandataire en a pris connaissance⁴.

Il est nécessaire de préciser ici les caractéristiques de la dénonciation extraordinaire, tant dans le mandat que dans le contrat d'entreprise. Il est évident que la disposition de l'article 377 CO est une règle de droit dispositif. Il s'ensuit que le droit de dénonciation du maître peut être exclu d'un commun accord. En revanche la doctrine, dans sa majorité⁵, et la jurisprudence tout entière⁶ voient une règle de droit impératif dans la libre dénonciation que l'article 404 alinéa 1 CO

¹ Becker, art. 377.

² Un jugement de la Cour de justice civile (Genève) du 9 décembre 1945, publié dans la Semaine Judiciaire 1946, p. 429, déclare que « la résiliation du contrat d'entreprise en application de l'article 377 CO n'est acquise que lorsque la déclaration de la résiliation unilatérale est accompagnée d'une offre de payer le travail fait et d'indemnité complète. Une offre de payer les frais et débours ne suffit pas à rendre la résiliation opposable à l'entrepreneur ».

³ Riezler, p. 160 : « Der Verzug des Bestellers in der Annahme ohne weitere Erklärung darf nicht als Kündigung ausgelegt werden. »

⁴ En droit allemand (§§ 674 et 130 BGB), la révocation produit ses effets à partir du moment où la déclaration parvient au mandataire, sans qu'il soit besoin de vérifier s'il en a pris véritablement connaissance.

⁵ Oser et Schöenberger, art. 404, n° 2; Becker, art. 404, n° 8; Guhl, p. 305; Hodler, *Der Widerruf*, p. 105; Herschsohn, *Die Kündigung*, p. 128; Gautschi, *Auftrag*, p. 182.

⁶ ATF 55 II 183 = JdT 1930, p. 51; ATF 57 II 190 = JdT 1931, p. 585; SJZ 15, p. 166, n° 117; 37, p. 282; 39, p. 315, et 42, p. 187; BJV 54, p. 405.

accorde au mandant et au mandataire ¹. Cette règle impérative enlève aux parties contractantes la faculté de supprimer ou de restreindre leur liberté de dénoncer le rapport juridique; par conséquent, la renonciation au droit de dénoncer le mandat est frappée de nullité absolue ². Ainsi, le droit de libre dénonciation ne peut être exclu par la fixation d'une durée pour le mandat ou restreint par une stipulation contractuelle prévoyant que le mandant doit, en cas de révocation, payer toute la rémunération conventionnelle ou usuelle ³ ou encore par la stipulation d'une peine conventionnelle. Cependant, l'un ou l'autre de ces moyens de suppression ou de restriction de la liberté peut avoir une autre signification. La fixation d'une durée pour l'exécution du mandat peut servir à indiquer le moment auquel on doit considérer que la dénonciation intervient en temps inopportun ⁴; d'autre part, la stipulation d'une peine conventionnelle peut avoir une certaine utilité lors de la fixation des intérêts lésés par une dénonciation intempestive ⁵.

Des critiques non négligeables ont été formulées à l'égard du caractère impératif de la règle émise par l'article 404 CO. Jaussi ⁶ est d'avis que l'affirmation que les parties ne peuvent pas renoncer à la libre dénonciation peut aboutir à ce que toute stipulation contractuelle constituant un devoir de substitution soit non valable, parce qu'elle représente, sous une forme particulière, une sorte de renonciation à la dénonciation. L'article 34 alinéa 2 CO ne signifie pas qu'une renonciation faite par le mandataire à son droit de dénoncer le contrat est toujours nulle. De plus, le rapport de confiance n'exige pas nécessairement l'exclusion de la renonciation au droit de dénonciation, car plusieurs codifications ont, sans qu'il y ait doute à ce sujet, admis la

¹ Le Code stipule la nullité de la renonciation à son droit de restreindre par le représenté ou de révoquer les pouvoirs découlant d'un acte juridique (art. 34 CO). Mais ce principe est valable aussi bien pour le mandat dont l'objet est l'accomplissement d'un acte juridique que pour le mandat ayant pour objet l'exécution d'un acte matériel. Le mandataire doit en effet être mis sur le même pied que le mandant.

² Le droit allemand admet la renonciation par le mandataire à son droit de dénonciation (§ 671 BGB). Toutefois le mandataire conserve le droit de dénoncer le mandat malgré la renonciation, lorsqu'il y a de justes motifs.

³ ATF 57 II 190 = JdT 1931, p. 585; ATF 59 II 261 = JdT 1933, p. 620; BJV 54, p. 403. Un arrêt publié dans le SJZ 36 (1939/1940), p. 289, a considéré comme une restriction inadmissible du droit de dénonciation et, par conséquent, comme une clause nulle, la stipulation contractuelle selon laquelle la moitié de la provision devait être payée, en toutes circonstances, lorsqu'une révocation ou répudiation intervenaient dans le mandat du courtier en vente (art. 412 al. 2 combiné avec l'art. 404 al. 1 CO).

⁴ Fick, art. 404; SJZ 12, p. 99, n° 21.

⁵ Oser et Schönenberger, art. 404, n° 3; Becker, art. 404, n° 8.

⁶ Jaussi, Nelli: *Die Auftragssubstitution nach schweiz. O.R.*, Thèse 1925, p. 15-19.

possibilité de cette renonciation ¹. La « *retio legis* » de la disposition légale instituant la libre dénonciation du rapport du mandat est, selon l'idée de l'auteur, de protéger l'indépendance économique et la liberté personnelle et juridique du contractant. Il s'ensuit que si le législateur, en envisageant les exigences de la vie conclut à une « *Durchschnittsregelung* », cela n'implique aucun motif de considérer cette règle comme faisant partie du droit impératif. Et, pour finir, Jaussi n'admet la nullité de l'exclusion contractuelle du droit de dénonciation que « dans les cas où le mandataire, en se soumettant d'une manière excessive à la volonté du mandant, restreint dans une grande mesure sa liberté personnelle ou économique, et, dans le cas où les parties conviennent que la renonciation doit être valable même avec l'avènement d'un juste motif autorisant la dénonciation ». Dans les autres cas, la dénonciation intervenant malgré la renonciation reste sans effets, « *unwirksam* », les obligations contractuelles subsistent bilatéralement ².

Et maintenant se pose la question : le contrat change-t-il de nature lorsqu'une clause spéciale supprime la libre dénonciation du rapport juridique ? Il serait contraire à la réalité de prétendre qu'une stipulation contractuelle supprimant la libre dénonciation peut être interprétée de façon à ce qu'elle change la nature juridique du contrat et, par conséquent, entraîne l'exclusion de l'application des règles du mandat ³. La qualification du rapport juridique ayant pour objet une prestation de travail doit, en tenant compte des autres circonstances, être déterminée dans la mesure où cela est possible d'après la nature de la prestation fournie afin de savoir si on est en présence d'un mandat ou d'un contrat d'entreprise ⁴.

La dénonciation extraordinaire du mandat et celle du contrat d'entreprise diffèrent également dans les effets juridiques qui en découlent. Tandis que le mandant ou le mandataire qui dénonce le mandat n'est tenu de réparer le dommage causé à l'autre partie que lorsque la dénon-

¹ C'est le BGB qui est visé dans son paragraphe 671 alinéa 3.

² Ces arguments exprimant une réalité générale n'ont pas trouvé d'échos chez les auteurs suisses.

³ Une clause prévoyant l'irrévocabilité du contrat conclu entre un maître (Bauherr) d'une part et un ingénieur ou un architecte d'autre part ne change pas la nature juridique de ce contrat qui est, en principe, un mandat (avec les réserves faites à la p. 59). Le lien de confiance autorise le maître à conserver dans toutes les circonstances sa faculté de révoquer le mandat. Or, une telle stipulation contractuelle supprimant cette liberté doit être frappée de nullité. SJZ 1946, p. 187, n° 73. « Die Rechtsnatur des Vertrages wird nicht geändert, wenn in Bezug auf einzelne Punkte, z. B. in Bezug auf den Rücktritt, eine Regelung getroffen wird, die im Widerspruch steht zu diesem Rechtsverhältnis. »

⁴ Dernburg est d'avis que la violation de la clause que le mandant renonce à son droit de révocation a pour effet d'obliger le mandant à rémunérer entièrement le mandataire. Pandekten 1, 11, § 117, p. 324.

ciation intervient dans un temps inopportun et, même dans ce cas, doit réparer, non le dommage causé par la résiliation, mais celui causé par le fait de dénoncer à contre-temps (en temps inopportun) ; au contraire, le maître qui met fin au contrat d'entreprise selon l'article 377 CO doit payer à l'entrepreneur le travail fait et l'indemniser complètement.

La dénonciation en temps inopportun a été définie par Becker comme « une résiliation de contrat qui est, en considération du moment de la révocation, particulièrement défavorable à l'autre partie »¹. Il faut mettre en balance les intérêts des deux parties contractantes et prendre en considération leur attitude au cours de l'exécution du contrat. Il suffit de prouver, comme une exception à l'égard de l'action du mandant, que le dommage subi par le mandant à cause de la répudiation du mandat est de moindre importance que le dommage auquel le mandataire s'expose par la continuation de l'exécution du mandat. Sur la base du paragraphe 671 BGB, Hodler², Oser et Schönenberger³ déclarent qu'on est en présence d'une dénonciation (répudiation) faite en temps inopportun lorsque la répudiation intervient à un moment où le mandant ne peut pas pourvoir autrement et sans dommage aux soins de l'affaire ou du service en question. La révocation est, en revanche, intempestive lorsque le mandataire supporte un dommage sérieux qui, sans le mandat, ne lui serait pas arrivé⁴. Plusieurs auteurs⁵ donnent, comme exemple d'une résiliation unilatérale intempestive, le cas où l'artiste dénonce son contrat juste avant le commencement du concert. Cet exemple ne doit plus être cité parce que, comme nous l'avons vu plus haut, le fait de donner un concert constitue aujourd'hui l'objet d'un contrat d'entreprise. Rossel⁶ donne un meilleur exemple pour montrer le caractère intempestif de la dénonciation : celui du mandataire, chargé d'acheter pour le mandant divers objets sur une place éloignée et qui dénonce son contrat avant le commencement de l'enchère de sorte qu'il ne reste plus le temps pour le mandant de se porter lui-même acheteur ou de se faire représenter par quelqu'un d'autre.

¹ Becker, art. 404, n° 5.

² Hodler, p. 121.

³ Oser et Schönenberger, art. 404, n° 8.

⁴ Cependant, la révocation n'est pas considérée comme intervenant dans un temps inopportun, malgré l'existence du dommage, lorsque le mandataire prend une attitude contraire au contrat ou lorsqu'il existe un juste motif de révocation dans la personne du mandataire.

⁵ Becker, art. 404, n° 5 ; Oser et Schönenberger, art. 404, n° 8 ; FJS, 327.

⁶ Rossel, p. 487.

L'intérêt à indemniser selon l'article 404 alinéa 2 est l'intérêt négatif. Or, lorsqu'une rémunération a été convenue, ce n'est pas celle-ci qui doit être payée en cas de révocation, mais l'équivalent de la force de travail déployée par le mandataire en vue de l'exécution du mandat ¹. En revanche, le maître doit, en cas de dénonciation extraordinaire, indemniser l'entrepreneur de son intérêt à l'exécution (intérêt positif) selon l'article 377 CO. Le législateur suisse, en prévoyant dans cet article l'indemnisation complète de l'entrepreneur, a coupé court à la controverse soulevée en Allemagne au sujet de la nature juridique de la créance de l'entrepreneur causée par la dénonciation faite par le maître. Le paragraphe 649 BGB prévoit qu'en cas de dénonciation du contrat par le maître, l'entrepreneur est en droit d'exiger, sous certaines déductions, la rémunération convenue.

La controverse réside dans le fait que ce paragraphe contient une contradiction : il parle, en effet, de « dénonciation » d'une part et de « la persistance d'une créance à la rémunération » d'autre part. La dénonciation enlève — habituellement — au rapport juridique ses effets pour l'avenir, et, par conséquent, le paragraphe 649 doit être interprété d'une façon alternative : ou bien la créance de l'entrepreneur a le caractère d'une créance à des dommages-intérêts, ou bien la dénonciation a, ici, des effets juridiques autres que ses effets habituels, des effets spéciaux de nature à supprimer pour l'avenir, un seul côté du rapport juridique (c'est-à-dire qu'elle agit unilatéralement). La majorité des auteurs allemands s'en tiennent à la lettre du paragraphe 649. Endemann ¹ et Lotmar ² font exception en soutenant la théorie qui qualifie la créance de l'entrepreneur résultant du paragraphe 649 de créance en dommages-intérêts, malgré sa teneur expresse.

En droit suisse, la déclaration du maître qui dénonce le contrat d'entreprise aboutit à la résiliation du rapport contractuel, l'entrepreneur n'a aucun droit à la rémunération, mais par contre il a le droit d'exiger des dommages-intérêts. Toutefois, on doit, lors de la fixation des dommages-intérêts, prendre en considération ce qu'a valu à l'entrepreneur le fait d'être dispensé de l'exécution de l'ouvrage, ce qu'il a gagné par l'emploi de son temps disponible et le gain auquel il aurait intentionnellement renoncé. Mais qu'en est-il du gain que l'entrepre-

¹ Becker donne l'exemple d'un cas où l'intérêt négatif peut être égal à l'intérêt positif au contrat, c'est le cas où l'affaire ne peut plus être conduite avec succès à cause de la révocation intempestive. On songe à l'avocat qui dénonce de telle manière qu'un délai de procédure s'est écoulé dans l'intervalle.

² Endemann, Lehrbuch I, § 128, 9.

³ Lotmar, vol. I, pp. 148, 149, 636-640, et vol. 2, p. 590, 1.

neur a, par négligence, omis d'acquérir ? Par analogie avec l'article 332 CO concernant le contrat de travail et à l'instar du paragraphe 649 BGB, on ne doit pas compter cette éventualité parmi les déductions car, dans le cas contraire, la situation de l'entrepreneur serait, selon les circonstances, inéquitablement aggravée.

En ce qui concerne le droit à une réparation du tort moral, conformément à l'article 49 CO, il faut mentionner que le TF a jugé qu'une application analogique de l'article 49 sur un rapport contractuel est tout à fait conforme à la règle énoncée par l'article 99 alinéa 3 CO. Il s'ensuit que la résiliation du contrat d'entreprise peut donner lieu à une réparation du tort moral dans le cas où cette résiliation constitue non seulement une violation contractuelle, mais, en outre, un acte illicite au sens de l'article 41 CO¹ et une atteinte aux intérêts personnels de l'autre partie. Cependant, l'intérêt idéal, par exemple « la possibilité qu'un contrat aurait donnée à un artiste de se faire connaître » ou d'obtenir d'autres commandes, ne doit pas être prise en considération².

Il résulte de l'exposé qui précède que, dans le cas où les principes énoncés au deuxième chapitre de cette étude ne permettent pas de faire une distinction assez nette entre le mandat et le contrat d'entreprise, on doit vérifier si un rapport de confiance est particulièrement nécessaire dans le lien juridique unissant les deux parties³. Les conventions appartenant aux professions libérales réalisent, en général, cette condition, ainsi que les conventions qui ont pour objet l'accomplissement d'un acte juridique. Cependant, il est difficile de formuler un principe général en cette matière, car le plus souvent il s'agit de cas particuliers.

¹ ATF 54 II 481.

² Dans la jurisprudence du TF, on peut constater une exception à cette règle, dans le cas où « la modicité de la rémunération prouve que les parties ont tenu compte, comme d'un élément de la rémunération, de la satisfaction personnelle et même de la réclame que peut procurer à un musicien un engagement comme soliste pour un concert avec l'Orchestre de la Suisse romande ». Sem. Jud. 1953, p. 257.

³ Il est aussi admissible, selon l'idée du TF, de renverser les suppositions juridiques et de rechercher la volonté des parties contractantes afin de savoir si elles ont entendu conclure un contrat révocable et répudiable en tout temps ou si elles n'ont jamais entendu conclure pareil contrat. C'est ce qu'a fait le TF pour la qualification juridique du contrat de publicité en déclarant qu'« il est évident que, dans le contrat de publicité, ni le client, ni l'éditeur ou l'imprimeur ne possèdent le droit de résilier en tout temps et unilatéralement. Un tel droit serait contraire à la nature, au contenu et au but du contrat. ATF 59 II 260 = JdT 1933, p. 622.

Chapitre IV

LES RISQUES ET LEURS RAPPORTS AVEC LA RÉMUNÉRATION ET LES IMPENSES ¹ FAITES PAR LE DÉBITEUR DU TRAVAIL

Une différence fondamentale entre le contrat d'entreprise et le mandat se manifeste au sujet de la rémunération et des impenses que le débiteur du travail (mandataire ou entrepreneur) est en droit d'effectuer dans l'exécution de ses engagements. Alors que l'article 376 alinéa 1 CO met le risque de la rémunération à la charge de l'entrepreneur en déclarant que celui-ci ne peut réclamer ni le prix de son travail, ni le remboursement de ses dépenses lorsque, avant la livraison, l'ouvrage périt par cas fortuit, la rémunération du mandataire est due indépendamment du succès du mandat, et, en outre, comme le dit l'article 402 alinéa 1 CO, le mandataire est en droit d'exiger, en principal et intérêts, le remboursement des impenses (avances, frais et libération des obligations) qui ont été faites par lui pour l'exécution régulière du mandat. Autrement dit, les risques sont, dans le premier cas, à la charge du débiteur du travail, dans le second cas ils sont à la charge du créancier. Cependant, malgré la simplicité de ce principe juridique, nous verrons plus tard que son application aux cas particuliers est loin d'être aussi simple.

Dans les conventions relatives au travail, une distinction entre dépenses et rémunération s'impose, car la rémunération et les dépenses n'ont pas toujours le même sort juridique. C'est trop hasarder que de prétendre que le débiteur du travail, en supportant le risque de sa rémunération, supporte en même temps le risque de ses dépenses, car il arrive, dans de nombreux cas, que le débiteur du travail ait le droit au remboursement de ses impenses, alors que sa créance à la rémuné-

¹ L'impense (Verwendung) a un sens beaucoup plus large que l'expression « dépense » (Aufwendung). La première englobe outre les dépenses, les avances et les obligations contractées par le débiteur du travail dans l'exécution du contrat. Voir von Tuhr, § 17.

ration, pour une raison ou une autre, est exclue. Une personne chargée d'encaisser une somme d'argent dont elle ne peut toucher un certain pourcentage (comme rémunération) que lorsque le résultat (l'encaissement) sera réalisé, a droit au remboursement de ses impenses, quoiqu'elle soit privée de sa rémunération parce que l'opération n'est pas arrivée à chef.

En vue de préciser la distinction entre le remboursement des dépenses et la rémunération, Lotmar¹ met l'accent sur le fait que le mandataire, en exigeant le remboursement de ses dépenses, demande la restitution de ce qui a été une partie de son patrimoine, tandis qu'en exigeant la rémunération, il veut faire une nouvelle acquisition, il demande ce qui n'existait pas auparavant dans son patrimoine. Du point de vue juridique, dit-il, tout en mettant à part l'aspect économique de la force de travail, cette force ne peut pas être traitée comme une impense faite pour l'exécution du contrat à cause de la coïncidence du travail (comme une prestation) avec la force du travail (comme une impense).

La distinction entre impenses et rémunération apparaît, dans le CO, assez clairement au sujet du contrat de courtage. Tandis que la rémunération dans ce contrat n'est due par le maître que lorsque le contrat est conclu (art. 413 al. 1 CO) et qu'une stipulation contraire est nulle à cause de la restriction qu'elle apporte à la liberté de dénoncer le contrat par le mandant (art. 404), la promesse faite par le mandant de rembourser les dépenses du courtier, autorise celui-ci à exiger ce remboursement lors même que l'affaire n'a pas abouti (art. 413 al. 3 CO).

Le CO dit, dans son article 402 alinéa 1, que les impenses à rembourser sont des impenses qui ont été faites pour « l'exécution régulière » du mandat. Pour savoir s'il y a, dans chaque cas particulier, une « exécution régulière » ou non, il faut appliquer le critère de la régularité subjective établi par le BGB dans son paragraphe 670 selon lequel les impenses à rembourser sont les impenses que le mandataire est autorisé, d'après les circonstances, à tenir pour nécessaires, même s'il se révèle, plus tard, qu'elles n'étaient pas des impenses réellement avantageuses. Von Tuhr fait une distinction entre les impenses remboursables aux termes de l'article 422 CO, qui s'apprécient objectivement et ne doivent être remboursées que si elles ont été réellement avantageuses au maître, et les impenses prévues par l'article 402 CO qui s'apprécient subjectivement; en effet, cet article « ordonne de rembourser au mandataire les impenses qu'il pouvait considérer comme

¹ Lotmar, vol. I, p. 136 ss.

utiles »¹. La jurisprudence du TF semble d'un autre avis, elle s'en tient à la régularité objective de telle sorte que le devoir de remboursement n'englobe pas les dépenses effectuées dans l'idée qu'elles sont exigées par l'exécution, alors qu'en réalité il n'en est pas ainsi (paiement d'un chèque faux par un mandataire qui, sans qu'aucune faute lui soit imputable, n'avait pas découvert le faux). Le TF² déclare qu'« il ressort des termes de la disposition de l'article 402 alinéa 1 que le législateur a en vue la régularité objective de l'exécution, et la relation entre l'alinéa premier et le second alinéa de l'article 402 s'oppose aussi à l'interprétation extensive de l'instance cantonale »³.

L'activité du mandataire se déploie, dans la plupart des cas, uniquement ou essentiellement dans l'intérêt du mandant : le mandataire est donc autorisé à exiger le remboursement des dépenses qu'il a faites dans l'exécution du contrat et à demander la libération des obligations par lui contractées; à cette fin, il possède contre le mandant le recours dit de libération « *Liberationsregress* ». Dans le cas où la continuation de l'exécution du mandat onéreux est devenue impossible, sans qu'il y ait faute de la part du mandataire, une partie convenable de la rémunération doit être payée par le mandant au mandataire⁴. Il en est tout à fait autrement dans le contrat d'entreprise où la question du remboursement des impenses ne se pose même pas, parce que celles-ci sont, en général, comprises dans la rémunération. En outre, le débiteur, dans le contrat d'entreprise, étant débiteur d'une obligation qui a pour objet la fourniture d'un résultat, ne touchera sa rémunération que lorsque le résultat se réalisera chez l'autre contractant. Il s'ensuit que si l'ouvrage périt sans qu'aucune faute soit imputable à l'un ou à l'autre des contractants, l'entrepreneur n'est pas obligé de verser des dommages-intérêts, mais il perd, en revanche, sa créance à la rémunération. Rümelin constate, avec raison, une certaine parenté entre la responsabilité pour le résultat exposée ci-dessus et la responsabilité causale. Entre ces deux phénomènes juridiques, la parenté, dit-il, se manifeste dans le fait que la responsabilité sur les deux terrains va au-delà de la responsabilité de la « *diligentia* ». « L'entrepreneur est

¹ Von Tuhr, vol. I, § 17, p. 109.

² ATF 51 II 183 = JdT 1925, p. 461.

³ Dans un article publié dans la SJZ 21, p. 333, von Tuhr critique cet arrêt et appuie la thèse de l'instance cantonale en précisant que « *zu diesen Aufwendungen gehören insbesondere Zahlungen, die der Beauftragte aus entschuldbarem Irrtum trotz pflichtgemässer Sorgfalt an einen Unrichtigen leistet* ». Cependant, un autre arrêt du TF déclare, à propos d'un contrat de commission, que les débours sont remboursables « s'ils paraissaient nécessaires au mandataire au moment où ils ont été faits ». JdT 1934, p. 40.

⁴ Becker, art. 402, n° 12.

⁵ Rümelin, p. 96.

responsable du résultat, le débiteur dans un rapport dont la responsabilité est causale répond du dommage subi par l'autre partie, sans qu'aucune faute ne soit imputable à l'un ou à l'autre. »

Cependant, il est d'importance capitale pour notre thèse, d'affirmer qu'en droit suisse, la notion que « la rémunération n'est due qu'en cas de l'obtention d'un résultat déterminé » n'est pas identique à celle « du contrat d'entreprise », autrement dit, on ne doit pas conclure à l'existence d'un contrat d'entreprise dans tous les cas où il y a une promesse d'atteindre un certain résultat dont le débiteur du travail supporte la charge des risques. L'exemple le plus authentique de ce que nous venons d'exposer est le contrat de courtage. Le courtier n'a le droit de toucher sa rémunération que lorsque l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat. Cet état de chose devrait tendre à faire considérer le courtage comme un contrat d'entreprise; cependant, le BGB a traité le courtage dans un titre spécial (§§ 652-656) et l'a placé entre le contrat d'entreprise et la promesse publique de récompense. Riezler¹ est d'avis que le courtage est un contrat unilatéral qui se distingue essentiellement du contrat d'entreprise par le fait que le courtier est autorisé, mais non obligé, à déployer son activité et à procurer le résultat désiré. « En revanche, dans les cas où le courtier s'oblige expressément à donner l'indication d'une occasion de conclure une convention ou à négocier un contrat, le contrat d'entreprise et le courtage ont alors la même nature juridique »². Le CO bien qu'il ait, pour le fond de ses dispositions sur le courtage, constamment puisé dans le BGB³, considère le courtage comme une variété du mandat⁴, tout en gardant le principe le plus important des contrats de résultat, à savoir le transfert des risques à la charge du débiteur. En appliquant, d'une manière générale, les règles du mandat au contrat de courtage, les tribunaux suisses considèrent la stipulation contractuelle selon laquelle la rémunération du courtier sera due même dans le cas où le résultat n'est pas atteint, comme nulle à cause de la restriction excessive apportée à la libre révocation du contrat (art. 404 CO)⁵.

¹ Riezler, p. 90-91.

² Palandt, § 652, Dernburg, § 338, admettent l'existence d'un contrat bilatéral, qui permet le cas échéant, d'appliquer les règles du contrat d'entreprise ou celles du contrat de travail. Voir encore l'idée de Planck, p. 393.

³ Message du CF de 1909.

⁴ De l'idée de Becker, le courtage est un contrat *sui generis*. Art. 412, n° 13.

⁵ SJZ 36, p. 289, et SJZ, p. 282. — M. Thilo range le courtage parmi les contrats bilatéraux imparfaits. Cependant, cet auteur estime que « si le commettant s'engage par avance à conclure le contrat négocié par le courtier, lequel peut aussi s'obliger à s'entremettre et à procurer le résultat », dans ce cas, « il y a des obligations réci-

Le principe qui met à la charge de l'entrepreneur des conséquences de cas fortuits paraît assez sévère pour lui, mais il constitue une solution logique. Le maître de l'ouvrage n'a promis le prix que pour obtenir un ouvrage accompli. Du moment que celui-ci ne peut lui être livré, la cause de son obligation fait défaut ¹. Ce principe est encore motivé par l'idée de prévention. Celle-ci intervient quand l'éventualité de la réalisation de l'événement dommageable peut être diminuée par l'un des contractants. L'entrepreneur a, dans la plupart des cas, la détention de la chose à ouvrage et le maître n'est pas, généralement, en mesure d'empêcher les cas fortuits. « Il est donc juste que ce soit celui qui est le mieux à même de les éviter, qui les supporte » ². En outre, lorsque l'entrepreneur garantit le résultat, cela signifie en même temps une augmentation des exigences attendues de lui et dans cette augmentation, on peut apercevoir un motif d'imposition de la charge des risques ³.

Le Code des obligations, contrairement au Code civil français ⁴ et au BGB ⁵, apporte une grande atténuation à ce principe défavorable à l'entrepreneur. L'origine de la modification apportée au CO remonte à la théorie de Strohal. A l'époque de la codification du BGB, Strohal, dans une conférence intitulée « Zur Beurteilung des Rechtes der Schuldverhältnisse » ⁶ a formulé, en critiquant le deuxième projet du BGB dans son paragraphe 580 devenu le paragraphe 644, une théorie qui répond d'une manière plus satisfaisante aux exigences de l'équité dans la répartition du fardeau des risques entre l'entrepreneur et le maître. Cette théorie a été reprise par Oertmann ⁷, et, ensuite, modifiée et

proques et le contrat est bilatéral parfait, mais il n'y a plus de courtage, puisque le droit de révocation et de répudiation est essentiel à ce contrat. La convention se rapprocherait alors du contrat d'entreprise.» Emile Thilo : *Le courtage en immeubles et la rémunération du courtier*, JdT 1949, pp. 35 et 36. De la même opinion, M. Turrettini : *Le contrat de courtage et le salaire du courtier*, Thèse Genève 1952, p. 43.

¹ Les opinions sont divisées sur la façon de déterminer le moment du transfert des risques au maître. Rossel (n° 695), Martin (p. 252) et Giovanoli (p. 180) prennent en considération le moment de l'acceptation de l'ouvrage par le maître. Les autres auteurs, comme Becker (§ 376, n° 1, et Quinche (*Du cas fortuit dans le louage d'ouvrage*, Lausanne, p. 30), font passer les risques au maître dès le moment de la livraison matérielle de l'ouvrage, sauf dans le cas où l'acceptation s'opère avant la livraison.

² Quinche, p. 34.

³ Rümelin, p. 96.

⁴ CCF, art. 1788 à 1790. Pothier préconisait, ici, une autre solution, selon laquelle l'entrepreneur, en cas de perte de l'ouvrage par un cas fortuit, doit être dédommagé non du total du prix, « mais d'une partie du prix, à proportion de la partie du travail qu'il a faite pour le compte du maître ». Pothier : *Louage*, VII^e partie, III^e chapitre.

⁵ BGB, §§ 644 et 645.

⁶ Cette conférence a été publiée dans *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik*, 1894, pp. 361-389 et spécialement pp. 384-389.

⁷ Oertmann : *Zeitschrift für Privat — und öffentliches Recht*, vol. 24, p. 48, que nous n'avons pas pu consulter. Voir également son commentaire, § 644.

défendue avec énergie par Rümelin¹. Pour partager la charge des risques entre les deux parties contractantes, cette théorie fait une distinction entre les cas fortuits qui se produisent dans la sphère de l'entrepreneur ou dans son cercle d'activité (Betriebskreis) et ceux qui se produisent dans le cercle d'activité du maître. Strohal déclare que seuls les premiers doivent être mis à la charge de l'entrepreneur, car il serait d'une injustice brutale de faire supporter par l'entrepreneur les cas fortuits qui se produisent dans le cercle d'activité du maître. Oertmann met l'accent, toujours en vue de rechercher une répartition équitable des risques, sur la prestation visée par le cas fortuit, afin de savoir si le cas fortuit constitue un obstacle à l'exécution ou si elle empêche la réception par le maître². Dans le premier cas, l'entrepreneur est privé de sa rémunération, alors que dans le second il doit être rétribué. Pour les cas fortuits qui ne peuvent pas être considérés comme relevant du cercle d'activité du maître ou de celui de l'entrepreneur et qu'Oertmann appelle des cas fortuits du cercle neutre, il les fait supporter par le maître, tandis que Rümelin, tout en appuyant la théorie de Strohal et Oertmann, met les cas fortuits provenant du cercle dit neutre à la charge de l'entrepreneur en se basant sur la théorie de la prévention.

En ce qui concerne le CO, l'article 376 parle de cas fortuits en général³ et ne s'occupe pas de la distinction entre les risques de l'exécution et ceux de la réception. D'ailleurs, cela est tout à fait conforme à la disposition adoptée par le code en matière du moment du transfert des risques (la livraison). Cependant, la théorie exposée ci-dessus trouve une large application dans le CO par la disposition de l'article 378 alinéa 1 qui prévoit que « si l'exécution de l'ouvrage devient impossible par suite d'un cas fortuit survenu *chez le maître*, l'entrepreneur a droit au prix du travail fait et au remboursement des dépenses non comprises dans ce prix ». Les auteurs⁴ sont d'accord que « chez le maître » vise non seulement les cas fortuits touchant la personne même du maître, mais encore tous les cas fortuits qui se produisent chez lui et qui ont pour résultat d'empêcher l'exécution. En outre, le texte allemand de la note marginale de l'article 378 du CO, conçu dans les termes

¹ Rümelin, p. 126. Voir également Palandt, § 644. Cette théorie donne l'exemple du peintre qui s'oblige à faire un portrait dans son atelier et celui qui l'exécute chez le maître.

² Voir Quinche, p. 28.

³ Les exceptions à la règle sont consacrées par l'alinéa 1 de l'article 376 concernant la perte de l'ouvrage au cas où le maître a été mis en demeure, et l'alinéa 3 du même article qui a trait à la perte causée par un défaut invisible de la matière fournie ou du terrain désigné.

⁴ Becker, art. 378, n° 1; Oser et Schönenberger, art. 378.

suiuants : « Unmöglichkeit der Erfüllung aus Verhältnissen des Bestellers », parle en faueur de cette idée ¹.

Et maintenant, il est permis de se demander quels sont les cas dans lesquels la charge du risque de la rémunération et celle des dépenses et auances que le débiteur est amené à effectuer au cours de l'exécution doivent coïncider. Nous nous interdisons et d'ailleurs nous nous trouuons dans l'impossibilité d'émettre, ici, un critère précis. Il suffit de répéter que le législateur a donné un excellent exemple du cas où le risque de la rémunération et celui des dépenses ne sont pas assumés par la même partie contractante. Cependant, il est à noter que dans les professions d'avocat et de médecin, les dépenses du débiteur doivent, sauf convention contraire, finalement tomber à la charge du créancier, même dans le cas où le contrat, si l'on ose conclure un tel contrat, contient la promesse d'atteindre un certain résultat (le succès du procès, la guérison), c'est-à-dire le transfert des risques de l'affaire à la charge du débiteur.

¹ Becker parle de « besonderer Gefahrenkreis », art. 378, n° 1. Le TF déclare à ce sujet que « l'article 378 CO constitue un tempérament opposé au risque que l'article 376 alinéa 1 met à la charge de l'entrepreneur ». ATF 69 II 139 = JdT 1944, p. 145.

Chapitre V

LA RESPONSABILITÉ POUR LES DOMMAGES SUBIS PAR LE DÉBITEUR DANS L'EXÉCUTION DU MANDAT ET DU CONTRAT D'ENTREPRISE

La distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise a, par ailleurs, une importance particulière du point de vue de la responsabilité du créancier au sujet des dommages subis par le débiteur dans l'exécution de ses obligations. Il suffit, pour montrer l'importance de cette distinction, de se rappeler le jugement (cité plus haut) ¹ rendu par la Cour de justice du canton de Genève le 22 juin 1945 (en la cause Dame A. contre S. Eridgt).

Dans cette affaire, la défenderesse, la société E..., a soutenu « que les normes du contrat d'entreprise sont seules applicables, — que le maître de l'ouvrage ne peut être contraint, en conséquence, à la réparation du dommage subi par l'entrepreneur ou ses ayants droit du fait de l'exécution du contrat ». Le Tribunal et la Cour furent, avec raison, d'un autre avis; ils ont admis l'existence d'un contrat de mandat et ont condamné la défenderesse aux dommages-intérêts.

Il convient, avant de s'attaquer au fond de la question, de distinguer deux notions différentes : celle du dommage subi par le mandataire et celle des impenses faites par lui dans l'exécution du mandat. Le législateur suisse n'a pas traité de la même façon la responsabilité du mandant en ce qui concerne les impenses faites par le mandataire et sa responsabilité en ce qui concerne les dommages subis par ce dernier. Bien que le mandataire soit autorisé à exiger le remboursement de ses impenses faites pour l'exécution « régulière » du mandat, il n'est pas fondé à réclamer une indemnité pour les dommages subis par lui à la suite de son activité sauf si le dommage a été causé par une faute imputable au mandant. La distinction entre ces notions se résume, selon les

¹ Sem. jud. 1946, p. 193.

termes de von Tuhr, en ceci : « Le dommage qu'on éprouve au cours d'une activité exercée dans l'intérêt d'un tiers n'est pas une impense, car celle-ci est une perte patrimoniale volontaire, tandis que le dommage est involontaire »¹.

La question de savoir si le mandant doit indemniser le mandataire des pertes (et plus précisément des pertes fortuites) subies par ce dernier dans l'exécution de son engagement est restée et reste encore un sujet de controverse des plus aigus dans la doctrine². L'origine de cette controverse remonte au droit romain dont les sources traitant de ce sujet ne permettent pas de reconnaître, aujourd'hui, avec toute la netteté voulue le principe qui a permis aux juristes romains de trancher la question³. Les romanistes ne sont pas unanimes sur l'interprétation des textes, une partie⁴ d'entre eux soutiennent que le mandant n'était responsable des dommages subis par le mandataire que lorsqu'une faute lui était imputable. Il s'ensuit, selon cette doctrine, que les pertes du mandataire sont à sa charge, quel que soit le rapport dans lequel se trouvent ces pertes avec le mandat. M. E. Kaden et les autres tenants de la doctrine soutiennent que des fragments du *Digeste*, bien qu'« ils traitent pour la plupart des cas d'espèce », « permettent néanmoins de penser que les jurisconsultes romains ont admis la responsabilité objective du mandant pour toutes les pertes subies par le mandataire, imputable au mandat, c'est-à-dire pour toutes les pertes qui résulteraient de l'acceptation et de l'exécution de la commission confiée au mandataire et acceptée par lui ». « Il est en outre certain que la responsabilité du

¹ Von Tuhr, § 17, III, et § 12, II. Voir également Becker, art. 402, n° 3. Oser et Schönenberger, art. 402, n° 5. ATF 59 II 245 = JdT 1934, p. 49. Cependant, la ligne de démarcation entre l'impense et le dommage n'est pratiquement pas aussi nettement déterminée, par exemple, s'il s'agit d'un dommage auquel le mandataire s'est sciemment exposé et dont on doit admettre qu'il est nécessairement le résultat du genre de mandat dont il s'est chargé. Dès lors, ne pourrait-on pas allouer au mandataire ayant droit au remboursement de ses impenses une indemnité pour les pertes auxquelles il s'est exposé intentionnellement ? Von Tuhr l'admet, mais il ajoute que « s'il survient un dommage sans que le lésé se soit mis en danger d'après l'opinion commune, il ne peut être question d'un remboursement d'impenses : ainsi, lorsque, au cours d'un voyage prévu par le mandat, le mandataire est victime d'un accident de chemin de fer ; car utiliser ce moyen de transport n'est point, dans les circonstances actuelles, courir volontairement un péril. » § 17, III. Voir encore la controverse qui a animé la doctrine et la jurisprudence suisses sur la question de savoir si le payement d'un chèque faux ou falsifié est un dommage ou une impense : Wieland : *Wer trägt die Gefahr der Fälschung eines Schecks ?* SJZ 21 (1924/5) p. 297. Von Thur : *Einlösung eines gefälschten Schecks*, SJZ 21, p. 334. Herald : *Zur Frage der Haftung bei gefälschten Schecks*, SJZ 22, p. 259. ATF 51 II 183 = JdT 1925, p. 461.

² L'exposé des arguments présentés par l'une ou l'autre des parties est hors du cadre de cette étude.

³ Böckel, R. : *Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers*, Archiv f. die zivili-stische Praxis, 96, p. 376.

⁴ Cuq : *Manuel* 1921, p. 491 ; Windscheid : *Pand.*, § 410, note 18.

mandant n'est pas engagée, si les pertes fortuites subies par le mandataire n'ont pas leur cause dans le mandat »¹.

En droit français, cette question a été, dans son ensemble, tranchée en faveur du mandataire. L'article 2000 du CCF prévoit que « le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ». Il est sans importance, dans ce domaine, que le mandat soit salarié ou gratuit, car cet article ne distingue pas entre ces deux cas². Le mandant ne peut, en droit français, se soustraire à la responsabilité des dommages subis par le mandataire que lorsqu'il prouve qu'une imprudence a été commise par le mandataire. Ainsi, la preuve est à la charge du mandant, mais en tout cas c'est une preuve positive. Cela étant dit, il en résulte que la perte fortuite, c'est-à-dire le dommage survenu sans la faute du mandant ni celle du mandataire, est à la charge du mandant³.

Le Code des obligations suisse⁴ règle cette question d'une manière différente. L'article 402 alinéa 2 CO confère au mandataire le droit d'exiger la réparation du dommage subi par lui dans l'exécution du mandat sauf si le mandant prouve que ce dommage est survenu sans sa faute. La législation suisse ne met donc pas à la charge du mandant une responsabilité pour les dommages causés par un cas fortuit, mais elle n'exige pas non plus que la victime prouve que le mandant a commis une faute. Cette disposition a été empruntée sans changement, au Code des obligations de 1881 (art. 400, II). Dans le cas où une faute a été commise, la charge de la preuve incombe, en droit suisse comme en droit français, au mandant; cependant cette preuve est, en droit

¹ M. E. Kaden : *Des pertes fortuites du mandataire*, in *Melanges Sauser*, Hall 1952, p. 20. Voir Girard : *Manuel* 1924, p. 616; Eisele, AZ, p. 84 (1895, p. 319, et les autres auteurs cités dans cet article).

² Savatier, R. : *Mandat*, dans le *Traité pratique de droit civil français* de Planiol et Ripert, t. XI, n° 1481. Voir également Baudry-Lacantinerie et Wahl : *Traité de droit civil*, t. XXIV, 1907, n° 723. M. Dereux, dans un article intitulé « Du dommage éprouvé au service d'autrui », publié dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, t. 7, année 1908, a essayé, en se basant sur le principe de l'équité, d'étendre le champ d'application de l'article 2000 CCF de façon à permettre à quiconque travaille pour autrui d'exiger une indemnité pour les pertes fortuites.

³ Voir Capitaine : *La responsabilité du mandataire pour le cas fortuit spécialement en matière de chèque*, ZBJV 1934, p. 362. Voir également Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Op. cit.*, n° 720.

⁴ Il convient de remarquer que le BGB ne fait pas mention d'une disposition particulière concernant les pertes subies par le mandataire. Voir Kaden, *Op. cit.*, p. 35. Une proposition en a été faite lors de l'élaboration du BGB, mais elle a été repoussée par la seconde commission; Bufnoir, art. 670, § 1; voir également les *Motifs du BGB* (II, p. 541). Le silence de cette législation est justifié dans une large mesure par « la diversité des cas » qui doivent être régis par la disposition en question.

suisse, une preuve négative. Le mandant, pour se disculper, doit prouver « qu'il n'a commis personnellement aucune faute »¹. Au cas où le dommage a été causé, non pas par la faute du mandant ou du mandataire, mais par un cas fortuit, on doit admettre que le mandant, une fois qu'il apporte la preuve libératoire (l'absence de toute faute de sa part), sera à l'abri de toute responsabilité et que c'est le mandataire qui doit supporter le dommage ayant sa cause dans un cas fortuit. Une telle charge est assez lourde pour le mandataire. Nous verrons quelle attitude ont prise la doctrine et la jurisprudence à l'égard de ce texte dont l'injustice est flagrante.

Au premier abord, les principes généraux applicables aux contrats, ou plutôt les principes régissant le rapport juridique découlant des pourparlers engagés par les futures parties contractantes, mettent à leur charge, dès le commencement des pourparlers, un devoir « de se renseigner réciproquement sur les faits déterminants pour la décision qu'elles doivent prendre ». Selon von Tuhr, la question des dommages-intérêts résultant de la violation de ces devoirs, qu'on appelle « culpa in contrahendo », est, en dépit de l'absence de contrat, soumise, par analogie, aux principes régissant la violation du contrat². Il résulte de l'exposé précédent que les devoirs *contractuels* du mandant et du maître de l'ouvrage commencent dès le moment d'entrer en négociation pour la conclusion d'un contrat de mandant ou d'entreprise.

Ainsi, lorsque le mandant ou le maître de l'ouvrage taisent sciemment ou par négligence un fait « déterminant pour la décision » que l'autre partie (le mandataire ou l'entrepreneur) doit prendre, ils violent par là un devoir précontractuel et, par conséquent, les principes régissant la violation du contrat entrent alors, par analogie, en fonction. Il est donc conforme aux principes généraux des contrats d'affirmer ici que la responsabilité du maître dans le contrat d'entreprise sera engagée lorsqu'il aura livré « des matériaux dont la défectuosité cause un dommage à l'entrepreneur »³. Il en est de même pour le mandant : celui-ci engage sa responsabilité lorsqu'il ne signale pas un danger au mandataire, « même en admettant que ce dernier pouvait le reconnaître »⁴.

¹ M. Capitaine, article cité, p. 360.

² Von Tuhr, § 24, VII, § 46, note 3, et pour la controverse sur ce sujet, voir von Tuhr, § 24, note 88.

³ Von Tuhr, § 24, note 85.

⁴ Arrêt cité plus haut, rendu par la Cour de justice civile du canton de Genève publié dans la Sem. Jud. 1946, p. 200. Voir également Funk, art. 402, n° 2. Martin propose une idée un peu différente : il ne considère le mandant en faute, « s'il a négligé d'avertir le mandataire des dangers qu'il courait », que lorsque ce dernier ne devait pas les connaître. Martin : *Le Code des obligations*, 1922, p. 277.

La solution adoptée par le législateur, dans le domaine du mandat, déjà à l'époque de l'ancien code des obligations, provoque une réaction. Après avoir montré la difficulté devant laquelle on se trouve lorsqu'on veut établir un principe applicable à tous les cas, Haberstich affirme qu'« on serait plus près d'arriver à une solution en la faisant dépendre de la question de savoir si le cas fortuit s'est produit occasionnellement pendant l'exécution du contrat ou si le mandat comportait un acte auquel était joint un certain risque (menace d'accident)... Dans cette seconde alternative, le mandant devrait être responsable »¹. Ch. Burckhardt a proposé, lors de la révision du Code des obligations, de remplacer partiellement la responsabilité basée sur la faute par une responsabilité causale en faisant supporter par le mandant les pertes fortuites subies par le mandataire au cas où le mandat implique « un risque élevé » (erhöhte Gefährdung), tandis que « les risques normaux » (gewöhnliche Risiken) restent à la charge du mandataire². Gautschi va plus loin et affirme que le droit à l'indemnisation des dommages subis selon l'article 402 alinéa 2 ne constitue pas une créance en dommages-intérêts découlant d'une violation contractuelle. Il tire argument du fait que l'assimilation du mandat gratuit à la gestion d'affaires sans mandat, en ce qui concerne l'exclusion de la preuve libératoire, montre que la cause qui entraîne l'obligation d'indemniser le mandataire ne réside pas dans la violation d'un devoir contractuel incombant au mandant (ou au maître de l'affaire). Il en est de même pour le mandat onéreux dans lequel il n'existe aucun devoir contractuel à la charge du mandant de préserver le mandataire de dommages. Le mandataire, dit Gautschi, en exécutant le mandat, agit non seulement dans l'intérêt, mais encore aux risques et périls du mandant³.

Dans un arrêt du 2 avril 1936, le TF a jugé que « du moment que l'arbre et la branche qui s'est cassés étaient sains, le travail demandé au voisin (demande de monter sur un poirier pour le secouer) ne présentait pas un risque particulier, autre que le danger impliqué en règle générale par le fait de grimper sur un arbre. Le défendeur (le mandant) n'avait donc pas de motif d'attirer spécialement l'attention du demandeur (le mandataire) sur un risque que celui-ci pouvait discerner lui-même, et il n'avait pas non plus le devoir de lui donner des instructions sur la manière de procéder ». ATF 61 II 98 = JdT 1935, p. 616.

¹ Haberstich : *Manuel du droit fédéral des obligations*, traduit de l'allemand par Gilliéron, 1886, t. II, p. 260.

² Ch. Burckhardt : *Die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, Z. Schweiz. R. 1903, p. 469 et spécialement les pp. 507-509. Voir également l'article de M. E. Kaden, p. 34.

³ Gautschi, pp. 241-244. L'auteur affirme avec raison que le danger de contamination constitue pour le médecin un risque professionnel. Il doit, lui qui est un spécialiste, prendre les précautions nécessaires pour éviter la communication de la maladie. Le médecin qui déploie gratuitement son activité ne peut pas exciper de la gratuité pour favoriser sa situation juridique.

La responsabilité, selon l'article 402 alinéa 2 CO, est donc une responsabilité légale pour les risques, « eine gesetzliche Gefährdungshaftung ». Le mandant expose, dans son intérêt, le mandataire aux dangers qui sont inhérents à l'exécution du mandat, il a donc à répondre du dommage subi par la réalisation de ce danger. Et, en conclusion, Gautschi déclare que la créance du mandataire selon l'article 402 alinéa 2 peut être qualifiée de créance à des dommages-intérêts ayant son fondement juridique, non pas dans une violation contractuelle, mais dans l'exécution même du contrat. Le mandant doit répondre des risques de l'exécution du mandat ¹. Pour von Buren, le problème à résoudre est plutôt de savoir si le mandant n'est responsable que lorsqu'il y a une violation d'un devoir contractuel ou si sa responsabilité est engagée en dépit de l'absence d'une telle violation. L'erreur de Burckhardt, dit cet auteur, provient de l'interprétation selon laquelle le fait de donner un mandat dommageable est déjà en soi, contraire au droit (illicite). Cette conception s'appuie sur une extension inappropriée de l'illicéité. « Le fait de donner un mandat dommageable est aussi moins contraire au droit (illicite) qu'une offre de conclure un contrat de travail dans l'exécution duquel l'employé subit un accident. » En postulant un devoir absolu d'indemnisation à la charge du mandant, Burckhardt établit, non pas une responsabilité en dépit de l'absence d'une faute, mais une responsabilité en l'absence de tout manquement contractuel. A son avis, lorsque le mandant sait ou devrait savoir que le mandat en question est dommageable, alors dans ce cas, et seulement dans ce cas, il viole, par le fait de donner ce mandat, *un devoir contractuel* ².

La jurisprudence suisse, consciente de la rigueur du principe consacré par l'alinéa 2 de l'article 402, essaie toujours d'alléger le fardeau mis à la charge du mandataire. Elle a tempéré le principe que le dommage causé dans un cas fortuit ou par une faute non imputable au mandant est à supporter par le mandataire, en décidant ce qui suit :

Premièrement, le TF restreint le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 402 au seul mandat onéreux. Dans le cas de mandat gratuit, il a appliqué, par analogie, les règles de la gestion d'affaires sans mandat (art. 422). Le mandant doit, dans la mesure où l'équité l'exige,

¹ « Zusammenfassend kann der Schadenersatzanspruch des Beauftragten aus 402 II OR als Schadenersatzanspruch qualifiziert werden, der nicht einen Vertragsbruch, sondern die Vertragserfüllung zum Rechtsgrund hat. Der Auftraggeber muss für die Gefahr der Auftragsausführung eintreten », Gautschi, *Auftrag*, p. 245.

² Von Buren : *Der Auftrag*, p. 38-43. L'auteur a proposé, pour que l'article 402 alinéa 2 soit en harmonie avec les principes généraux du droit civil, la formule suivante : « Verletzt der Auftraggeber seine vertraglichen Pflichten, so hat er dem Beauftragten für den dadurch entstandenen Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle », p. 40.

indemniser le mandataire, qui s'est chargé gratuitement de l'exécution du contrat, du dommage subi par ce dernier, même en l'absence de toute faute imputable au mandant. Le TF s'est prononcé en ces termes : « Dans le mandat gratuit..., le mandant doit réparer le dommage dans la mesure fixée par le juge, comme l'article 422 le statue pour la gestion d'affaires. En effet, c'est évidemment par inadvertance que le législateur a moins bien traité le mandataire non rémunéré que le gérant d'affaires. Le motif d'équité qui a fait adopter le principe d'indemnisation pour la gestion d'affaires (lors de la revision du CO) vaut aussi pour le mandat gratuit, dans les deux cas il s'agit d'un acte purement altruiste; l'article 1 CC permet au juge de combler la lacune de la loi » ¹.

Deuxièmement, la jurisprudence se montre assez stricte dans l'admission de la preuve libératoire de l'absence de toute faute imputable au mandant. « Il y a lieu, déclare le TF, de se montrer rigoureux à cet égard, puisque la « culpa levissima » du mandant suffit à engager sa responsabilité. Dès l'instant où le législateur s'est prononcé pour la responsabilité dérivant de la faute et qu'il a maintenu cette solution dans le CO révisé, malgré les arguments sérieux avancés en faveur de la responsabilité purement causale (cf. entre autres C. Ch. Burckhardt : *Die Revision des Schweiz. OR*, Z. Schweiz. R. 22, pp. 507 à 509), il se justifie, dans l'application de la loi, de se contenter d'un minimum de faute. Si, dans les relations entre parties, le mandataire souffre un dommage, à la suite du mandat sans qu'aucune faute ne lui soit imputable, l'équité exige que le mandant répare le dommage lorsque son attitude, soumise à un examen sévère, ne se révèle pas exempte de tout reproche. Cette manière de voir correspond aussi, vu la nature du contrat, à la règle de l'article 99 du CO » ².

Notons enfin que l'article 339 CO concernant le contrat de travail peut être appliqué, par analogie, au mandat dans la mesure où l'absence du « rapport d'emploi » le permet ³. Ainsi, on constate un certain

¹ ATF 61 II 95 = JdT 1935, p. 615; voir également Becker, art. 402, n° 10; von Tuhr, § 17, note 21. Dans un autre arrêt, le TF a affirmé que « la responsabilité moins étendue du mandant se justifie lorsqu'une rémunération est due au mandataire, car celui qui s'oblige à gérer une affaire moyennant rétribution, assume par là même le risque inhérent à l'exécution du mandat. Si, par contre, le mandat se rapporte à une affaire gérée uniquement dans l'intérêt d'autrui, l'équité exige que le mandant supporte tout ou partie du risque. Il n'y a aucun motif, dans cette hypothèse, de se montrer plus rigoureux pour le mandataire que pour le gérant sans mandat. » ATF 48 II 487 = JdT 1923, pp. 307 et 308.

² ATF 51 II 189 = JdT 1925, p. 462. Voir également la Sem. Jud. 1946, pp. 199 et 200. Voir aussi Daepfen-Reymond, note 3 sous l'article 402.

³ Oser et Schönenberger, art. 402, n° 16. Il n'est pas inutile, à cette occasion, de mentionner que « le devoir de l'employeur de prendre les mesures de protection contre les risques de l'exploitation constitue, selon le TF, non seulement une obli-

rapprochement entre ces deux contrats par opposition au contrat d'entreprise qui reste, dans ce domaine, complètement assujetti à la règle générale exposée au commencement de ce chapitre.

gation contractuelle, mais encore un principe général de droit dont la violation rend l'employeur délictuellement responsable ». ATF 72 II 316 = JdT 1947, p. 143.

En réalité, ce sont les intérêts économiques opposés qui sont à l'origine de cette controverse, car, si la tendance actuellement dominante est de faire supporter les dommages, dans le contrat de travail, par la partie économiquement la plus forte, c'est-à-dire, l'employeur, il n'en est pas de même dans le mandat. Dans ce dernier contrat, ce n'est pas toujours le mandataire qui est le plus faible des deux contractants.

Chapitre VI

L'EXÉCUTION PERSONNELLE DE LA CONVENTION ET LA DÉLIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION DES ARTICLES 101 ET 399 CO

Les dispositions légales sur l'exécution des différentes conventions du travail ont ceci de commun, que l'exécution personnelle de la convention constitue la règle générale, contrairement à la disposition de l'article 68 CO. L'intérêt juridique du créancier, dans un rapport obligationnel dérivant d'une convention du travail, consiste, aux yeux du législateur, en une prestation envisagée subjectivement¹. Ainsi, le CO prévoit dans ses articles 327 alinéa 1 (pour le contrat de travail), 364 alinéa 2 (pour le contrat d'entreprise) et 398 alinéa 3 (pour le mandat) que le débiteur doit en principe exécuter personnellement la prestation².

Cependant, le principe de l'exécution personnelle est beaucoup plus accentué dans le domaine du mandat qu'en matière de contrat d'entreprise³. L'entrepreneur peut confier l'exécution de l'ouvrage à un tiers chaque fois que, vu la nature de l'ouvrage, ses aptitudes ne sont pas prises en considération dans le contrat; en revanche, le mandataire ne peut en faire autant que lorsqu'il est autorisé par le mandant à

¹ Becqué, Emile : *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle; Revue trimestrielle de droit civil*, t. 13, année 1914, p. 267.

² Dans le BGB, l'absence d'une disposition spéciale sur l'exécution personnelle dans le contrat d'ouvrage fait que la question est soumise à la règle générale prescrite par le paragraphe 267 : « alors que le débiteur n'a pas à faire la prestation en personne, un tiers peut également effectuer la prestation... » (traduction Bufnoir). Ainsi, bien que la plupart des règles du mandat soient, en vertu du paragraphe 675, applicables au contrat d'entreprise, qui a pour objet le soin d'une affaire, le paragraphe 664 concernant l'exécution personnelle du mandat, en est exclu. Cf. plus haut, p. 32, l'idée de Hachenburg, *Dienst- und Werkvertrag*, p. 38, basée sur les paragraphes 675 et 673 BGB, selon laquelle l'entrepreneur doit également, dans le doute, exécuter l'ouvrage en personne est réfutée par Riesler, *Das Werkvertrag*, p. 34.

³ De Torrenté, *Op. cit.*, p. 104.

transférer l'exécution à un tiers, qu'il y est contraint par les circonstances, ou que l'usage lui permet de procéder à un tel transfert ¹.

Cette attitude rigide du législateur à l'égard du mandataire s'explique, comme le principe de la dénonciation extraordinaire du mandat, par le rapport de confiance qui est à la base de ce contrat.

La division du travail dans la société moderne a fait de l'utilisation de la force de travail d'autrui un moyen indispensable à l'exécution des obligations assumées par le débiteur. Il est, dès lors, tout à fait équitable que le débiteur soit responsable envers le créancier des personnes auxquelles il a fait appel pour l'exécution de ses *propres* obligations, sans tenir compte des *rapports internes* qui peuvent exister entre le débiteur et ceux qui collaborent avec lui.

Parmi les dispositions légales qui ont soulevé une controverse juridique ardente se trouve la fameuse disposition de l'alinéa 2 de l'article 399 CO, touchant la substitution dans le mandat. La doctrine la plus récente en donne une interprétation assez stricte, afin de réaliser un rapprochement entre les règles des diverses conventions de travail. Selon cet alinéa, le mandataire qui est en droit de désigner un substitut, ne répond que du soin avec lequel il a choisi le tiers et lui a donné ses instructions : « *Culpa in eligendo et instruendo*. » En revanche, l'entrepreneur, comme tout autre débiteur ², ne saurait, sauf stipulation contraire, « se décharger sur un tiers de son devoir d'exécuter une obligation, de manière à ne rester responsable que du choix du sous-mandataire et des instructions données à celui-ci » ³. L'article 101 entre alors en ligne de compte.

Avant d'aborder le sujet épineux de la distinction entre le substitut (article 399 alinéa 2) et l'auxiliaire (article 101), il est nécessaire de préciser que le devoir de l'exécution personnelle est valable aussi bien pour le mandat dont l'objet est la conduite d'une « affaire » que pour celui dont l'objet est un « service » à rendre.

¹ En considérant l'usage comme un motif justifiant la substitution, le Code a paré aux inconvénients provenant du fait que, dans la plupart des cas, les parties contractantes ne songent pas à la substitution, lors de la conclusion du contrat. Jaussi : *Substitutionsauftrag*, Z. sch. R. 5, 45, p. 256.

² Von Tuhr fait une exception en faveur du dépositaire, qui, au lieu de rendre la chose avant l'expiration du délai pour lequel elle a été déposée, la remet en dépôt à un substitut. § 70, note 16. Cf. également Funck, article 399, n° 2.

³ L'article 351 de l'ancien CO prévoyait que les entrepreneurs répondent « de toute faute commise par ceux qu'ils chargent du travail ». Ce passage a été supprimé lors de la révision du CO, parce que cette responsabilité découle déjà du principe général de l'article 101. Cf. Becker, ad art. 364, n° 8; Von Tuhr, § 70, p. 522. Bezzola : *La responsabilité du débiteur en raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation*, Thèse Genève 1937, p. 65, note 1. Schneider et Fick, art. 364, n° 27.

Sur ce point, les textes allemand et français de l'alinéa 3 de l'article 398 diffèrent nettement. Alors que le texte allemand ne mentionne que l'affaire¹, le texte français parle de l'exécution du mandat en général et il vaut mieux, à notre avis, s'attacher au texte français; en effet, aucune raison dans ce domaine ne justifie la distinction entre l'affaire et le service².

Précisons encore que les personnes auxquelles le débiteur a recours pour exécuter ses engagements, qu'elles soient auxiliaire ou substitut, sont des « remplaçants d'ordre matériel et non d'ordre juridique »³. Pour en revenir au contrat d'entreprise, on sait que le système de la division du travail, ainsi que l'élargissement du champ d'application du contrat d'entreprise, ont pour conséquence que l'utilisation de la force de travail d'autrui est admissible même lorsqu'il s'agit d'un contrat pour lequel les aptitudes personnelles du débiteur ont été prises en considération; sauf, toutefois, quand la nature de l'ouvrage exige que l'entrepreneur l'exécute par ses propres forces de travail (exécutions artistiques, par exemple).

Dans le doute, on présume que, d'après l'intention des parties, c'est la surveillance et le contrôle du débiteur qui sont tout spécialement exigés⁴.

L'entrepreneur est responsable de tout dommage causé par les personnes qui interviennent, avec son consentement, dans l'exécution de l'ouvrage, que ces personnes soient désignées comme des auxiliaires collaborant avec lui dans l'exécution de l'ouvrage ou comme des substituts à qui l'entrepreneur transfère l'exécution; il répond même pour les auxiliaires de son substitué⁵.

¹ « Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen... », dit le texte allemand.

² Une idée opposée à la nôtre est formulée par M. Gautschi, qui s'en tient au texte allemand du Code et n'applique pas le devoir de l'exécution personnelle au mandat ayant pour objet une prestation de service. Gautschi : *Der Auftrag*, p. 24.

³ Becker, *Op. cit.*, p. 265. Il s'ensuit que le mot « Vertretung » mentionné par l'article 398 alinéa 3, texte français (substitution de pouvoirs) ne doit pas être compris dans le sens technique du mot, car il s'agit de l'accomplissement d'un acte matériel. Von Tuhr, § 59, note 4.

⁴ Trachsel, g.p. 58-61; Oser et Schönenberger, art. 364, n° 3; Hafner, art. 351, n° 1. De plus, il arrive, dans le contrat d'entreprise, que « la nature même de la prestation exige le concours d'auxiliaires », Von Tuhr, § 59, p. 427.

⁵ Bl. f. Zür. R. 9, p. 192, n° 106; Bl. H. E. 70 E 2; Sem. jud. 1952, p. 39; Becker 364, n° 8. Ainsi, les auxiliaires des sous-traitants sont considérés comme des auxiliaires du débiteur (l'entrepreneur). Von Tuhr, § 70, n° 18; Bl. f. Zür. R. 9, n° 106. En fait, il est superflu de parler d'auxiliaires et de substituts en dehors du mandat et surtout en dehors de l'article 399 alinéa 2. La substitution (cf. plus loin) n'a pas d'existence juridique sans sa condition préalable : l'atténuation de la responsabilité du débiteur pour les actes des tiers intervenant dans l'exécution de la prestation avec son consentement exprès ou tacite.

Le TF a résumé la responsabilité de l'entrepreneur pour ses auxiliaires en déclarant que « celui-ci est tenu d'exécuter avec soin l'ouvrage promis. S'il en charge ses employés, l'exécution n'en doit pas moins être faite avec la diligence qu'on pouvait attendre de lui, et il est tenu de leur manque de soins ou de connaissances techniques, comme s'il avait agi lui-même »¹. Le débiteur n'est responsable, d'après l'article 101, que des auxiliaires qu'il a *chargé d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit*; ce texte constitue une limite de la responsabilité du débiteur pour les personnes qui interviennent dans l'exécution de son obligation. Von Tuhr² est d'avis que « si la fourniture de la matière incombe à l'entrepreneur, celui-ci doit seulement cette fourniture, c'est-à-dire qu'il doit la procurer et non la fabriquer; le fournisseur qui la lui vend n'est pas son auxiliaire dans le sens de l'article 101. L'entrepreneur n'est donc tenu de réparer le dommage causé par la mauvaise qualité de la matière que si, dans la manière dont il a fait son choix, une faute lui est imputable ». Nous éprouvons une grande difficulté à nous rallier à cette solution. Il est vrai que le fournisseur de la matière n'est pas, en principe, l'auxiliaire de l'entrepreneur; cependant, pour établir les responsabilités de ce dernier, en ce qui concerne la bonne qualité de la matière, il est inutile d'invoquer l'article 101. Cette responsabilité découle déjà d'une disposition spéciale relative au contrat d'entreprise. Il ressort clairement du texte de l'article 365 alinéa 1 que l'entrepreneur est responsable envers le maître de la bonne qualité de la matière qu'il fournit. Touchant la garantie, sa situation est assimilée à celle du vendeur et il n'est pas nécessaire de rechercher si l'entrepreneur a fabriqué lui-même la matière ou s'il se l'est procurée chez un fournisseur. Il s'ensuit dès lors, contrairement à l'idée de von Tuhr, que l'entrepreneur qui s'est procuré la matière chez un fournisseur est tenu de réparer les dommages causés par la mauvaise qualité de la dite matière, même lorsqu'il n'a commis aucune faute dans son choix. Toute autre solution aboutit à l'effondrement du système des risques établi dans le contrat d'entreprise³.

Dans le mandat, la doctrine et la jurisprudence distinguent trois catégories de personnes qui s'occupent de l'exécution de la prestation,

¹ ATF 80 II 253.

² Von Tuhr, § 70, p. 522-523.

³ Le même argument vaut aussi pour l'autre exemple cité par von Tuhr, selon lequel l'entrepreneur n'est pas responsable (sauf s'il commet une négligence dans l'achat des outils) des défauts de l'outillage qui ont entraîné ceux de l'ouvrage, lorsque ces défauts peuvent être attribués au fabricant de l'outillage. De l'avis de von Tuhr, la fabrique à laquelle l'entrepreneur s'adresse pour se procurer les moyens, outils et engins nécessaires à l'exécution de l'ouvrage, ne peut pas être considérée comme auxiliaire de cet entrepreneur. *Loc. cit.* plus haut.

à côté ou en lieu et place du débiteur. Pratiquement, c'est une question de responsabilité pour les dommages subis par le créancier, en raison de l'attitude prise par les tiers intervenant dans l'exécution de la prestation :

- I) l'auxiliaire,
- II) le substitut,
- III) le mandataire remplaçant (Ersatzbeauftragte).

L'institution du mandat de remplacement n'a pas été réglementée par le Code. La doctrine ¹ et la jurisprudence ² différencient le mandat de remplacement de la substitution parce que, dans le premier, le mandataire est autorisé non seulement à se décharger de l'exécution du mandat sur un tiers substitué, mais encore à créer un rapport juridique direct entre le mandant et le mandataire remplaçant ³. Dans un mandat de remplacement autorisé, le mandataire remplaçant devient, contrairement au substitut, le mandataire du mandant principal. Ce dernier peut donc s'adresser directement au mandataire remplaçant sans qu'il y ait lieu d'invoquer la disposition de l'article 399 alinéa 3 ⁴.

Cependant, les deux institutions ont les mêmes effets juridiques du point de vue de la responsabilité du mandataire. Dans les deux cas, le mandataire n'est responsable que du choix du mandataire remplaçant ou du substitué et des instructions données à ceux-ci.

Si la distinction entre le mandataire remplaçant et le substitut s'opère avec facilité, la distinction entre le substitut et l'auxiliaire

¹ Jaussi Z., Schw. R. 45, p. 274; Oser et Schönenberger, art. 399, n° 17 à 21; von Tuhr, § 42, p. 302-303.

² La Sem. Jud. 1943, p. 231. Jugement rendu par la Cour de justice civile de Genève en la cause Duckert contre Chierpe.

³ Dans le doute, la présomption est en faveur de la substitution. Cf. jugement ci-dessus, n. 4.

⁴ Il convient de rappeler ici qu'en cas de substitution licite ou illicite, le mandant peut tenter une action directe pour faire valoir, contre la personne à laquelle le mandataire s'est substitué, les droits que ce dernier a contre elle (art. 399 al. 3). (Une erreur a été commise dans la traduction de l'ouvrage de M. Guhl. Alors que le texte allemand de la page 303 affirme que « Auch bei erlaubter Substitution wird zwar der Dritte nicht Beauftragter; doch kann sich der Auftraggeber in beiden Fällen unmittelbar an den Dritten halten und die Rechte gelten machen, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen », le texte français de ce passage est rédigé en ces termes : « Le tiers substitué ne devient jamais mandataire, mais le mandant peut faire directement valoir contre lui les droits qu'il a contre le mandataire. ») Une partie de la doctrine voit, dans ce cas, une sorte de cession légale. (Becker, ad 399 n°s 1 et 7.) Martin, p. 270. Hafner, art. 397, n° 4. Schneider et Fick, art. 166, n° 2. Von Tuhr et Funk affirment, avec raison, qu'il n'y a aucune cession légale dans le cas de l'article 399 alinéa 3 (le mandant a une créance parallèle à celle du mandataire. En effet, celui-ci a également le droit de réclamer au substitué la réparation du dommage causé au mandant). Von Tuhr, § 68, note 122, et § 91, note 26; Funk, art. 399, n° 2.

s'avère fort délicate. De nombreuses opinions ont été formulées afin d'esquisser un critère de distinction.

Il importe, par conséquent, de les examiner en citant les critiques (et la valeur des critiques) qui leur ont été adressées. Cependant, avant d'aborder cette question, il est utile de mentionner que le transfert illicite¹ de l'exécution de la prestation à une tierce personne rend le débiteur responsable des actes de ce tiers, « comme s'ils étaient siens » (article 399 alinéa 1). Cette formule employée par le Code n'est pas heureuse, car elle peut signifier qu'une faute du substitut est nécessaire pour que la responsabilité soit engagée. En réalité, un mandataire répond de tout dommage causé par l'utilisation illicite d'un tiers, que le mandataire ait ou non un recours contre le substitut. Cette idée se dégage de l'article 97 CO². La doctrine suisse³ établit essentiellement la distinction entre le substitut et l'auxiliaire d'après l'élément de l'indépendance. Von Tuhr, principal tenant de cette théorie, qualifie de substitut « la personne que le débiteur charge d'exécuter la prestation due, en s'abstenant désormais lui-même de toute activité et en laissant au tiers le soin de faire le nécessaire »⁴. La distinction réside, selon von Tuhr, dans le fait que le substitut est chargé par le débiteur de l'exécution de la prestation qu'il doit accomplir « non pas sous sa direction et sous sa surveillance, mais indépendamment en son lieu et place »⁵. Ainsi, aucun doute n'est possible, von Tuhr s'attache à l'indépendance technique du substitut à l'égard du débiteur. L'auxiliaire ne fait que collaborer avec le débiteur et travailler sous sa direction, dans l'accomplissement de la prestation; le substitut, au contraire, assume l'exécution sans être lié au débiteur par un rapport de subordination technique. Le premier, nous dit Becqué, est dans une situation subordonnée, il agit à côté du débiteur; le second est dans une situation indépendante, il agit à la place du débiteur⁶.

La jurisprudence partage, dans la plupart des cas, cette manière de voir, et interprète l'idée d'indépendance préconisée par von Tuhr dans

¹ Nous entendons par « transfert illicite » le transfert qui n'est ni autorisé par le mandant, ni nécessité par les circonstances, ni permis par l'usage.

² Von Tuhr, § 70, note 15. Cf. également Hans Peter Friedrich, ZBJV 1955, p. 462. En effet, écrit von Tuhr, « si la convention ou la nature du contrat s'opposait à la substitution ou si, en l'opérant, le débiteur s'est rendu coupable de négligence, il répond, en vertu du principe général de l'article 97 CO et de la théorie du rapport de causalité, de tout dommage causé par le substitut ». Von Tuhr, § 70, p. 521.

³ Von Tuhr, § 70, p. 521-522. Jaussi : *Op. cit.*, p. 246-249. Tschudi, Werner : *Die Haftung für der Erfüllungshilfen nach art. 101 OR*, Thèse Berne 1949, p. 35. Becqué, p. 205. Bezzola, p. 63.

⁴ Von Tuhr, § 59, p. 427.

⁵ Von Tuhr, § 70, p. 521.

⁶ Becqué : *Op. cit.*, p. 265.

le sens d'une indépendance technique ¹; dans le cadre de cette conception, on ne doit considérer comme auxiliaire du médecin que les infirmières, les laborantines et les autres personnes de la même catégorie, ainsi que les assistants se tenant à côté du dit médecin ² mais non le médecin qui représente le médecin responsable lorsque ce dernier s'absente pour une raison quelconque.

En définitive, il n'y a entre l'auxiliaire et le substitut qu'une simple différence de degré.

Oser et Schönenberger ³, après avoir défini la substitution et l'élément de l'indépendance caractérisant celui qui est chargé de l'exécution par le mandataire, déclarent que la responsabilité du mandataire qui transfère l'exécution à son employé afin que celui-ci s'occupe de l'affaire d'une façon indépendante, est déterminée non d'après l'article 399, mais d'après l'article 101 CO. Cette dernière remarque peut, nous semble-t-il, être interprétée ainsi : une substitution peut exister chaque fois que l'exécutant est *économiquement indépendant* du débiteur, une indépendance technique ne suffisant pas. M. Schnyder ⁴ appuie cette manière de voir, en affirmant que ce qui est déterminant dans le mandat de substitution, c'est l'indépendance économique du substitut.

Une partie de la doctrine ⁴ exige encore, pour que l'institution de

¹ JdT 1947, p. 25. Il s'agit d'un jugement rendu par la Cour d'appel fribourgeoise qualifiant un assistant (mécanicien-dentiste autorisé à travailler dans la bouche du patient en vertu d'une disposition transitoire) d'auxiliaire du médecin-dentiste. La Cour déclare que les mécaniciens-dentistes ainsi autorisés sont au service du médecin-dentiste et soumis à son contrôle et à ses instructions pour toute leur activité dans le cabinet dentaire.

² ATF 53 II 425 = JdT 1928, p. 589. Sem. jud. 1936, p. 151. Bl. f. Zür. R. 1931, n° 109, p. 203. Bl. f. Zür. R. 1953, n° 207. Dans ce jugement, le tribunal zurichois n'a pas considéré comme auxiliaires les médecins qui agissent en lieu et place du médecin principal, simplement en raison de leur propre savoir et de leur capacité. Nous reviendrons sur ce jugement. Cf. également le jugement rendu par la Cour d'appel du canton de Berne le 21 décembre 1932 en la cause Albert contre Wittwer, publié dans le SJZ 29, p. 366; ZBJV 1934, p. 556. Il s'agit d'un garçon coiffeur qui, en rasant un client, a causé une infection par suite d'une égratignure. Il y eut action en réparation des dommages subis par le client intentée contre le maître coiffeur, et application de l'article 101. La Cour a tenu compte de l'état de dépendance technique du garçon coiffeur à l'égard de son maître et a rejeté l'application de l'article 399 parce que dans son métier les aides du maître travaillent sous sa surveillance et avec ses instruments et ses outils.

³ Oser et Schönenberger, art. 399, n° 2 : Bei Ueberweisung an seinen Dienstpflichtigen zu selbständiger Ausführung haftet der Beauftragte daher nicht nach Art. 399, sondern nach Art. 101.

⁴ M. B. Schnyder : *Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter*, SJZ 51 (1955), p. 105. Dans cet article, l'auteur critique le jugement rendu par le tribunal zurichois publié dans le Bl. f. Zür. R. 1953, n° 207.

⁵ Max Schaerer : *Haftpflicht und Schadenersatz*, Berne 1940, p. 114. Cet auteur déclare carrément que l'article 399 n'est applicable que dans le cas où l'ensemble de l'affaire a été transférée au tiers exécutant, qui s'en occupe d'une manière indépendante. Cf. également Tschudi, p. 35; Bezzola, p. 63. Ce critère a encore été employé par Ochse-Mayer pour établir une distinction entre le commissionnaire.

la substitution soit réalisée, que le substitut soit chargé de l'exécution totale de l'affaire; le transfert d'une partie de la prestation à un tiers ne donne pas à celui-ci le caractère d'un substitut¹. Disons tout de suite qu'une distinction basée sur le degré du transfert de l'institution, c'est-à-dire transfert total ou partiel, doit être rejetée. Il est hors de doute qu'il n'appartient pas nécessairement à la notion de substitution qu'un transfert de l'exécution totale soit fait au substitut. Un auxiliaire peut fort bien être chargé de l'exécution de la totalité de la prestation, comme un substitut peut assumer l'exécution d'une partie de la prestation. Ainsi une exécution partielle peut être déléguée tantôt à un auxiliaire, tantôt à un véritable substitut².

Le critère de l'indépendance ne saurait, lui non plus, résoudre ce problème. Pour comprendre l'insuffisance de ce critère, nous devons donner quelques précisions sur l'auxiliaire.

On appelle auxiliaire toute personne qui intervient, avec le consentement exprès ou tacite du débiteur ou de l'ayant droit, dans l'exécution d'une obligation ou dans l'exercice d'un droit dérivant d'une obligation³. Il peut être non seulement une personne liée au débiteur par un rapport de contrat de travail ou soumis à son autorité domestique, mais encore une personne à l'activité de laquelle le débiteur a occasionnellement recours, par exemple, un ami, un visiteur. Un rapport de subordination n'est pas non plus exigé, comme c'est le cas pour l'application de l'article 55 CO⁴. Ainsi, l'auxiliaire peut être une personne de condition indépendante; bien plus, l'indépendance technique est insuffisante, parce qu'un auxiliaire peut être un spécialiste et même beaucoup plus compétent que le débiteur⁵. L'indépendance économique n'est pas non plus nécessaire parce qu'un auxiliaire peut également être écono-

intermédiaire et le sous-commissionnaire. Cf. Ochse-Mayer : *Der Speditionsvertrag in schw. Recht*, Thèse Zurich 1934, p. 124. Mayer, Norwin : *Der Speditionsvertrag nach schw. Recht*, Thèse Berne 1931, p. 4. Cf. également les critiques adressées à ces auteurs par Zimmermann : *La responsabilité du Commissionnaire expéditeur*, Thèse Lausanne 1955, p. 54-55.

¹ Dans la jurisprudence, nous trouvons un jugement du tribunal bâlois publié dans le Bl. f. Zür. R. 18, n° 173, p. 338, qui se prononce dans ce sens. La différence, dit le tribunal, entre le substitut et l'auxiliaire, réside dans le fait que le débiteur transfère au substitut la charge de prendre soin de la totalité de l'affaire de façon indépendante du débiteur, tandis que l'on utilise les auxiliaires afin qu'ils aident le débiteur dans l'exécution de son obligation.

² Becker, art. 399, n° 3; Jaussi, Z. Schw. R. 45, p. 245; Funk, 398, n° 2; Schey : *Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien 1907, T.I.P., 605; Zimmermann, p. 54-55.

³ Le texte français de l'article 101 doit, selon M. Béguelin, être corrigé de façon à ce qu'il se rapporte à l'exercice d'un droit dérivant non d'une obligation, mais d'un rapport obligationnel. FJS, 581.

⁴ Von Tuhr, § 70, p. 520.

⁵ M. Schnyder, SJZ, p. 955, p. 55.

miquement indépendant dans son rapport avec le débiteur. En réalité, même si l'exécutant agit en toute liberté, il peut rester un simple auxiliaire ¹.

Les critiques les plus sévères ont été soulevées à l'égard de la théorie de von Tuhr et de l'institution de la substitution. Non sans raison d'ailleurs, car cette théorie, appliquée strictement, aboutit à un résultat insatisfaisant. Alors que le vendeur qui fait livrer, par l'une de ses relations d'affaire, la marchandise vendue, est responsable, d'après la règle — défavorable au débiteur — prescrite par l'article 101 ², le commissionnaire soumis aux règles du mandat (art. 425 CO), qui expédie également la marchandise par l'une de ses relations d'affaire, n'est responsable que pour « culpa in eligendo et instruendo », selon l'article 399 alinéa 2 ³. Ainsi, on se heurtera à une conséquence fâcheuse mais inévitable, si on se rallie à cette idée. Selon von Tuhr, la responsabilité restreinte du mandataire se justifie par le fait qu'il peut révoquer son mandat en tout temps (art. 404), et rend donc un service au mandant, lorsqu'il confie l'affaire à un tiers ⁴.

Von Büren ⁵ et M. Friedrich ⁶, qui ne considèrent pas la règle prescrite par l'article 404 CO comme une règle de droit impératif, estiment naturellement que la justification apportée par von Tuhr n'est pas convaincante. De plus, le premier apporte un argument auquel nous pouvons nous rallier : si la justification de von Tuhr est juste, pour quelle raison n'est-elle valable qu'en cas de substitution et non pas pour le cas de l'auxiliaire ? M. Friedrich soulève encore une autre objection : pourquoi le mandataire n'est-il pas pleinement responsable pour le sous-mandataire, en cas de substitution licite, alors que l'entrepreneur, lui, est responsable du dommage causé au maître par le sous-traitant ? Et nous ajoutons ceci : on a souvent invoqué, pour justifier l'inégalité du traitement juridique entre le mandataire et l'entrepreneur, que l'entrepreneur, à la différence du mandataire, s'oblige à fournir non pas son activité, mais le produit de celle-ci, et doit obtenir un résultat déterminé ⁷ et que le choix de l'auxiliaire, ou la désignation d'un substitut reste étranger au créancier qui, souvent, ne s'intéresse qu'à

¹ Zimmermann, p. 55; Sem. jud. 1945, p. 238 : « L'auxiliaire, au sens de l'article 101 CO n'est pas nécessairement un subalterne... il peut donc être une personne de condition indépendante ou l'employé d'une telle personne. »

² Von Tuhr, § 70, p. 521.

³ Von Büren, p. 87.

⁴ Von Tuhr, § 70, p. 522.

⁵ Von Büren, p. 86.

⁶ M. Friedrich, Hans Peter : *Fragen aus dem Auftragsrecht*, ZBJV 1955, p. 461.

⁷ Jaussi : *Op. cit.*, p. 10. Cela apparaît aussi lorsque von Tuhr dit : « et l'entrepreneur, en particulier », § 70, p. 522.

l'obtention du résultat promis : cet argument perd de sa valeur, en raison du principe que nous avons développé dans les chapitres précédents de ce travail et selon lequel toute promesse d'atteindre un résultat déterminé n'implique pas nécessairement, dans le droit suisse, la conclusion d'un contrat d'entreprise. Ainsi, on doit convenir qu'une obligation concernant un résultat à atteindre peut fort bien tomber sous les règles du mandat. Contre l'institution de la substitution, on ¹ objecte encore ceci : « n'est-il pas étrange que, dans le mandat, le législateur accentue le principe de l'exécution personnelle en ne permettant le transfert de l'exécution que dans les cas mentionnés par l'article 398 alinéa 3 (ce qui le rend assez rigide comparé au principe de l'exécution personnelle admis dans les autres conventions de travail et spécialement dans le contrat d'entreprise), alors que ce même législateur atténue d'un autre côté la responsabilité du mandataire pour les actes du substitut en faisant une dérogation au principe général ? » Et, pour conclure la discussion de l'article 399, M. Friedrich affirme qu'une responsabilité s'impose dans les cas où le contenu du mandat consiste à rechercher un second mandataire qui doit prendre soin de l'affaire en lieu et place du mandataire. Le texte de cet article, selon cet auteur, doit être interprété de telle sorte que le mandataire réponde du dommage causé au mandant pour l'exécution du mandat quelle que soit la situation juridique de l'exécutant vis-à-vis du mandataire; une exception est admise dans le cas où le tiers se charge, en lieu et place du mandataire, de l'exécution du mandat et se trouve en rapport contractuel direct avec le mandant. Ce n'est que dans ce cas qu'une responsabilité restreinte du mandataire est admise ². Une telle interprétation du texte de loi est certainement attaquable; car si telle avait été l'intention du législateur, il n'y aurait nul besoin d'introduire l'article 399 dans le mandat. Lorsque le tiers entre en rapport contractuel direct avec le mandant, il va de soi que la responsabilité du mandataire est restreinte de manière à ce qu'il ne réponde que du choix du tiers et des instructions qu'il lui donne (s'il est possible d'admettre qu'il a le droit de donner des instructions). Cette atténuation de la responsabilité n'a pas besoin, dans ce cas, d'être basée sur un texte légal.

En réalité, la distinction ne doit pas être recherchée dans le lien nouveau qui unit le mandataire à l'exécutant mais dans le but poursuivi par ce mandataire. La « ratio legis » de la responsabilité du débiteur

¹ M. Friedrich : *Op. cit.*, p. 462.

² *Ibidem*, p. 464 et 465; l'auteur affirme que cette interprétation s'accorde mieux avec le texte de l'article 399, en dépit de sa note marginale qui parle de « Übertragung der Besorgung auf einen Dritten ».

pour les actes de ses auxiliaires réside dans le fait que le débiteur les utilise dans son propre intérêt; il est donc normal qu'il supporte les conséquences qui en découlent. C'est la théorie du risque (*Eigenes Interesse, eigene Gefahr*) émise par Unger¹, et adoptée par von Tuhr², qui s'exprime comme suit : « ... en utilisant des forces auxiliaires, le débiteur acquiert la possibilité d'exécuter des prestations plus importantes et peut ainsi s'assurer un gain plus considérable, il est donc juste de lui faire supporter les risques inhérents à sa façon d'agir ».

En ce qui concerne la responsabilité, il existe, pour les auxiliaires, un conflit d'intérêt entre le débiteur et le créancier, dans lequel le législateur apporte une solution favorable au créancier. Le mandataire, d'ailleurs comme tout autre débiteur, choisit l'auxiliaire non pas pour le créancier, mais pour lui-même, pour sa propre affaire. Il veut augmenter sa sphère économique en accroissant sa productivité et élargir en même temps ses possibilités d'exécuter des engagements plus considérables. Donc « il est équitable de faire supporter le risque à qui retire le profit »³.

Ces considérations, si elles sont valables pour le cas d'utilisation d'auxiliaires, le sont-elles également pour le cas de substitution ?

Une réponse affirmative s'impose, spécialement lorsque le motif économique — qui est, en principe, à la base du recours à la force de travail d'autrui — est le même dans le cas de l'utilisation d'un auxiliaire — soumis à la direction et à la surveillance du débiteur — que dans celui de la désignation d'un substitut indépendant.

Ainsi, chaque fois que le mandataire a recours à la force de travail d'un tiers⁴, de telle manière que la transmission à un tiers se manifeste comme l'exécution de sa propre affaire, et non de celle du mandant, on doit faire appel à l'article 101. Il importe peu, dans ce cas, que le tiers soit chargé de l'exécution partielle ou totale de la prestation, qu'il soit soumis à la direction ou à la surveillance du débiteur, ou qu'il exécute son travail avec une indépendance complète. En revanche, il arrive que le mandataire, en désignant un substitut qui assume la charge et la conduite de l'affaire en son lieu et place, fasse apparaître qu'il n'accomplit pas sa tâche, mais celle du créancier. Le tiers reprend, dans ce cas, à sa charge, comme le dit Schey⁵, non seulement l'*acte*

¹ Unger, *Iherings Jahrbücher* 30, p. 364 et 384. Pour les autres théories qui ont été formulées afin de justifier la responsabilité du débiteur envers ses auxiliaires, par exemple la théorie de l'association du résultat et celle de la force technique du travail, de la causalité... etc. Cf. Becqué, *loc. cit.*, p. 269 à 290.

² Von Tuhr, § 70, p. 520.

³ Unger, *ibidem*; Becqué, p. 267; von Büren, p. 88.

⁴ Le mot « tiers » ne doit pas être entendu ici dans son sens technique.

⁵ Schey, p. 604. Voir également von Büren, p. 88.

de gestion, mais encore la responsabilité de cette gestion. Le mandataire, en désignant un substitut, accomplit ses obligations, non pas en fonction de ce dernier, mais en fonction de la substitution elle-même. Dans ce cas, il suffit de savoir s'il l'a bien ou mal exécutée. Seule une faute commise dans le choix d'un substitut ou dans les instructions qu'il lui a données engage la responsabilité du mandataire. Par conséquent, sa responsabilité pour « culpa in eligendo et instruendo », n'est pas un effet juridique de la substitution mais une condition essentielle. Il appartient donc au juge, suivant les circonstances de chaque cas particulier, de savoir si le mandataire, en désignant un substitut, accomplit par là sa propre affaire ou celle du mandant.

La jurisprudence, peu satisfaite de la règle atténuant la responsabilité du mandataire dans la substitution licite, essaie parfois de restreindre le champ d'application de l'article 399 alinéa 2¹.

Parmi les décisions des tribunaux qui intéressent directement notre question, on doit citer un jugement du Tribunal supérieur (Obergericht) du canton de Zurich du 1^{er} avril 1953².

Le tribunal supérieur considère « le représentant » du médecin comme un substitut et non comme un auxiliaire. Il part de l'idée que le représentant du médecin agissait en tant que substitut, par suite de l'absence, pour cause de vacances, du débiteur principal. Ce représentant assumait toutes les charges. Pour la même raison, il ne lui était pas du tout possible de recueillir toutes les indications du débiteur pour chaque affaire ou traitement. La décision reposait dans ses mains. Il ne devait recevoir de directives ni du débiteur ni de ses collaborateurs,

¹ Ainsi, dans un jugement rendu en 1938, le Tribunal de commerce de Bâle a qualifié le commissionnaire intermédiaire (der Zwischenspediteur), d'auxiliaire dont le commissionnaire principal est responsable selon l'article 101 CO. SJZ, p. 361, n° 242. La Cour d'appel de Bâle déclare dans le jugement que la question de savoir si on est en présence d'un substitut au sens de l'article 399 CO ou d'un simple auxiliaire doit être tranchée d'après le contenu du contrat, le but que le mandant poursuit d'une manière reconnaissable, la signification de l'intervention du tiers ou les rapports de parties contractantes. Nous observons une stricte application de la loi dans le Bl. f. Zür. R. 23, n° 120.

² Ce jugement est publié dans les Bl. f. Zür. R. 53, n° 207, p. 352. On peut résumer les faits comme suit : Le docteur en médecine S. s'est fait remplacer, pour la période de ses vacances, par l'étudiant B. qui préparait ses examens. Pendant cette période de remplacement, Sch. tomba d'une échelle et fut amené dans la salle de consultation du docteur S. Le remplaçant B. l'examina et fit une radiographie, mais il ne constata rien de particulier. Comme les douleurs ne disparaissaient pas, B. envoya le patient à l'Hôpital cantonal. On y constata une luxation de l'épaule qui fut remise en place. L'opération ayant été trop tardive, des nerfs avaient été endommagés (ce qui eut pour conséquence une longue paralysie du bras droit) et Sch. demanda des dommages et intérêts au docteur S. Dans un jugement, le Tribunal de district admit la responsabilité du docteur S. pour les agissements de son remplaçant; le Tribunal supérieur, lui, refusa de l'admettre.

mais le représentait dans l'ensemble de son activité professionnelle. Or, le tribunal s'en tient au critère de l'indépendance technique, pour distinguer le substitut de l'auxiliaire. Pour nous, en particulier, après avoir montré les inconvénients provenant de ce critère, le remplaçant du médecin pendant la durée de ses vacances est un auxiliaire pour lequel le débiteur (le médecin principal) est responsable selon l'article 101. Le médecin qui, afin de sauvegarder ses intérêts économiques, se fait remplacer pendant ses vacances, doit supporter les risques inhérents à sa façon d'agir ¹.

La substitution est encore possible dans le contrat de travail ou dans le contrat d'entreprise. Cependant, dans ces deux cas, la substitution prend la forme d'une institution juridique ayant une notion particulière. Le débiteur s'oblige, dans ce cas, à fournir non pas son travail ou à exécuter lui-même un ouvrage déterminé; il s'engage simplement à fournir à l'autre partie, la force de travail d'une autre personne qui est, en principe, liée au débiteur principal par un rapport contractuel (contrat de travail, contrat d'entreprise, sociétés) ². C'est ce qu'on appelle le « *Arbeits-Dienstverschaffungsvertrag* », dit improprement en français « contrat de location de personnel » ³. Voici un exemple classique de ce contrat : Pour la soirée que j'organise, je demande à un impresario de m'envoyer une cantatrice qui chantera selon mon désir. La location de personnel ne constitue ni un contrat de travail ni un contrat d'entreprise. En effet, ce n'est pas l'exécutant lui-même qui promet une prestation de travail, mais une autre personne pour laquelle une force de travail est due. Cependant cette location donne naissance à des rapports contractuels ou quasi contractuels entre le créancier et l'exécutant.

Ce qui nous intéresse ici, c'est la parenté qui existe entre la location de personnel et la substitution du point de vue de la responsabilité du débiteur. Dans les deux cas, une responsabilité restreinte est admise. Le mandataire, dans le cas d'une substitution licite, et le locateur, dans

¹ Même idée chez M. Schnyder, SJZ 51 (1955), p. 105. Cependant, cet auteur, on s'en souvient, est partisan de l'indépendance économique, dont nous avons vu l'insuffisance, pour établir une distinction entre le substitut et l'auxiliaire.

² Hueck-Nipperdhey : *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, vol. I, p. 432. Erich Molitor : *Das Wesen des Arbeitsvertrages*, Leipzig 1925, p. 12, 56 et 63. Pour la controverse sur la nature juridique de ce contrat en droit allemand, cf. Schroeder : *Der Dienstverschaffungsvertrag*. Thèse Rostock 1914. Ce contrat n'a été réglé ni par le BGB ni par le CO. Cependant, il a été cité dans les motifs du BGB, vol. 2, p. 456. Pour le droit suisse, ce contrat n'a été traité, à notre connaissance, que par Gerd Lanz : *Parteivwechsel bei Miete und Dienstvertrag*, Thèse Zurich 1934, et par von Büren, p. 91-93.

³ On emploie, quelquefois, l'expression allemande : « *Leiharbeitern* », voir Schnorr von Carolsfeld : *Arbeitsrecht*, 2^e édition, Göttingen 1954, p. 24, note 1.

la location de personnel, ne sont responsables que pour « culpa in eligendo et instruendo ».

Dans un arrêt tout récent, le Tribunal fédéral ¹ a estimé qu'il faut bel et bien admettre que le contrat de location de personnel fait naître, entre l'employeur secondaire et l'employé, des relations contractuelles ou quasi contractuelles qui, bien qu'indirectes, permettent au premier de se prévaloir de l'article 328 CO à l'égard du second. Il est à remarquer, enfin, qu'en dehors de la question de la responsabilité du débiteur, la location du personnel reste une institution distincte de la substitution.

¹ Sem. jud. 1955, p. 353 = JdT 1955, p. 509. Tuileries Briqueteries S. A. contre Lavillant. Les faits sont les suivants : L. a mis son chauffeur B. à la disposition de T. B. à Genève pendant une semaine, au prix de x francs par jour à payer au locateur. Au cours de cette semaine, le chauffeur a causé par sa faute, un accident, qui a endommagé le véhicule confié à ses soins. La T. B., elle, a attaqué (le locateur) en dommages et intérêts, selon l'article 101. Accueillie en première instance, la demande a été rejetée par la Cour de justice civile du canton de Genève. Le TF a rejeté le recours et confirmé l'arrêt.

Chapitre VII

QUESTIONS DIVERSES

Il nous est apparu nécessaire de procéder à la fin de cette étude, à une brève incursion dans le domaine des dispositions que nous n'avons pas encore examinées et qui concernent les deux contrats en question afin de nous rendre compte de l'opportunité de l'application de l'une ou de l'autre de ces dispositions :

§ 1. — Le mandat et le contrat d'entreprise se différencient manifestement dans le domaine de la conclusion du contrat. Alors que le contrat d'entreprise est, à ce sujet, soumis aux règles générales sur la conclusion du contrat, l'article 395 CO établit une disposition spéciale pour la conclusion du mandat. En principe, « le fait de ne pas répondre à une offre ne saurait être tenu pour une acceptation, car personne n'est obligé de répondre à des questions qu'il n'a pas provoquées »¹. Cependant, l'article 395 fait une extension de la notion de l'acceptation tacite, déjà énoncée par l'article 6 CO, en constituant, dans certains cas, une présomption irréfragable en matière de l'acceptation d'une offre du mandant². La conclusion du mandat peut, sauf dans le cas d'un refus immédiat³, arriver à chef dès que l'offre du mandant devient propre à déployer ses effets, c'est-à-dire dès le moment où celle-ci parvient au destinataire. Le contrat du mandat devient parfait, bien que le mandataire n'ait pas ou n'ait pas pu avoir la volonté d'accepter l'offre. C'est le cas du mandat qui se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle, ou qui rentre dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services

¹ Von Tuhr, § 21, p. 141.

² Oser et Schönenberger, art. 395, n° 1 et 2. Von Tuhr préfère parler, dans ce cas, de « déclaration fictive », parce que le mot « présomption » lui paraît comporter la possibilité de fournir la preuve contraire, en sorte qu'une « présomption irréfragable » impliquerait une *contradictio in adjecto* », § 21, note 56.

³ Contrairement à ce que l'article 6 CO prévoit, un refus dans un délai convenable n'est pas suffisant pour empêcher le mandat d'arriver à chef.

(art. 395 CO), ou plutôt les affaires pour lesquelles il a publiquement invité les autres à faire des offres. Cette règle spéciale du mandat ne peut pas, selon von Tuhr, être étendue à d'autres contrats, comme par exemple le contrat d'entreprise, « qui peuvent contenir un élément spéculatif »¹.

La question de savoir si cette règle est applicable au seul mandat ayant pour objet le soin d'une affaire (Geschäftsbesorgung) dans le sens qu'on donnait à ce mot dans la doctrine d'avant 1912, ou si elle est encore valable pour le mandat dont l'objet consiste en un simple service², cette question est hors du cadre de notre étude.

§ 2. — En ce qui concerne les outils employés dans l'exécution du contrat, il est permis de constater, avec Becker, que lors de l'utilisation normale de ses outils dans l'exécution du mandat, le mandataire peut en exiger une rémunération lorsqu'elle est si essentielle qu'on doit la prendre en considération et à condition qu'elle ne soit pas comprise dans les honoraires³. Par contre, l'article 364 alinéa 3 stipule que l'entrepreneur doit, sauf usage ou convention contraire, se procurer à ses frais les outils et engins que nécessite l'exécution du contrat.

§ 3. — Dans le domaine de la responsabilité du débiteur du travail, on constate qu'une grande parenté existe entre les trois principales conventions relatives au travail : le contrat du travail, le mandat et le contrat d'entreprise. La responsabilité du mandataire est régie, en règle générale, par les mêmes règles que celles de l'employé (art. 398 al. 1). Les dispositions du contrat d'entreprise renvoient de même, en ce qui concerne la responsabilité de l'entrepreneur, aux règles régissant la responsabilité de l'employé dans le contrat du travail (art. 364). Cependant, la responsabilité du mandataire doit, en dépit du renvoi prescrit par l'article 398 alinéa 1, être appréciée plus sévèrement que dans le

¹ Von Tuhr, § 21, note 52 a. Dans le contrat de spectacles, contrat auquel les règles du contrat d'entreprise sont applicables, le TF a jugé tout récemment, dans l'affaire dite Seelig (interdiction d'assister aux représentations cinématographiques adressée à un critique par un exploitant de salle — action du journaliste en cessation de cette interdiction), qu'il ressort clairement du texte de la disposition de l'article 7 alinéa 3 CO, qu'elle ne s'applique qu'à des contrats ayant des marchandises pour objet et que ce n'est pas le cas du contrat de spectacles. Le TF n'admettait pas que « l'annonce publique de la projection du film, jointe à l'affichage des prix d'entrée, constitue — indépendamment de l'article 7 alinéa 3 CO — une offre à chacun qui lie son auteur. Car, même si le comportement de la défenderesse constituait une telle offre et non seulement une invitation au public de faire lui-même des offres, il serait possible de limiter d'avance le cercle des personnes auxquelles la proposition est adressée ». ATF 80 II 26 = JdT 1955, p. 141.

² Voir à ce sujet Becker, art. 395, n° 3; Oser et Schönenberger, art. 395, n° 5.

³ Becker, art. 402, n° 3.

contrat de travail. En effet, la question de la diligence requise du mandataire varie selon la nature du devoir d'agir lui incombant dans l'exécution du mandat et dépend de ses connaissances techniques dans l'accomplissement de l'activité promise, de ses qualités et de ses aptitudes personnelles. Sa responsabilité sera donc strictement jugée lorsque le mandat entre dans l'exercice de sa profession. En outre, l'article 398 alinéa 2 contient une disposition dont il n'existe pas d'équivalent dans la réglementation du contrat d'entreprise : il rend le mandataire responsable envers le mandant de la « fidèle exécution » du mandat.

Le mandataire est, par conséquent, tenu de garder les secrets dont l'accomplissement de sa mission lui donne l'occasion de prendre connaissance. Il a encore le devoir d'éviter la création de toute situation aboutissant à un conflit d'intérêts. L'absence d'une telle disposition parmi les règles du contrat d'entreprise ne peut pas avoir pour signification que l'entrepreneur n'est pas obligé à une fidèle exécution du contrat. Le fait que le législateur ait mentionné ce devoir dans le domaine du mandat est spécialement motivé par le rapport particulier de confiance qui doit, ici, dans une mesure plus grande que dans le contrat d'entreprise, dominer les liens juridiques entre mandant et mandataire.

§ 4. — Le mandataire, en agissant dans l'intérêt du mandant, doit se conformer aux instructions précises¹ données par le mandant. Il ne peut « s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant » (art. 397), et lorsqu'un écart des instructions du mandant correspond à la volonté présumée de ce dernier. Dans le contrat d'entreprise, on doit admettre que, par le fait qu'il s'oblige à fournir le résultat de son travail, l'entrepreneur jouit d'une grande liberté dans le choix et l'utilisation du moyen qui doit être employé pour aboutir au résultat désiré. L'entrepreneur, auquel incombe le risque dans le cas où le résultat promis ne serait pas obtenu, s'efforce d'orienter son activité dans une direction propre à écarter les risques. Un certain pouvoir de décision est souvent laissé à l'entrepreneur. Il en est de même en ce qui concerne le devoir mis à la charge du mandataire de rendre compte, à la demande du mandant, de sa gestion selon l'article 400 CO². Bien plus encore, il arrive, dans certains cas, que le maître de l'ouvrage n'ait aucun droit d'exiger de

¹ La doctrine distingue entre les instructions impératives, facultatives et démonstratives. Voir Oser et Schönenberger, art. 397, n° 2; von Büren, p. 60 et 61.

² Précisons ici que ce devoir incombe non seulement au mandataire chargé d'accomplir une affaire juridique, mais encore à tout autre mandataire.

l'entrepreneur un compte rendu de sa gestion et de la méthode suivie dans l'exécution du contrat, ceci afin que l'entrepreneur ne soit pas obligé de révéler les secrets de son industrie. D'ailleurs les dispositions du contrat d'entreprise font un devoir assez restreint de l'obligation de l'entrepreneur de rendre compte de sa gestion. Ce devoir peut être déduit du texte de l'article 366 alinéa 1. La loi confère au maître un droit de contrôle concernant le moment de l'exécution du contrat afin qu'il puisse prendre la décision qui lui permettra de sauvegarder ses intérêts. En outre, dans le cas où la matière a été fournie par le maître, l'article 365 alinéa 2 met à la charge de l'entrepreneur un devoir de rendre compte de l'emploi qu'il en a fait.

§ 5. — Parmi les dispositions du mandat qui n'ont pas encore été étudiées, il reste celle se rapportant à la solidarité entre plusieurs mandants ou plusieurs mandataires. En principe, la solidarité entre plusieurs débiteurs n'est pas présumée en matière contractuelle. Elle doit être ou bien stipulée (expressément ou tacitement) dans la convention, ou bien instituée par la loi (art. 140 CO). Alors qu'une règle spéciale concernant la solidarité fait défaut dans la réglementation du contrat d'entreprise, l'article 403 rend les comandants, qui ont institué conjointement un mandataire, responsables solidairement envers lui (al. 1) et rend également les comandataires, qui ont accepté conjointement un mandat, responsables solidairement de l'exécution envers le mandant. Il est hors de doute qu'il ne s'agit que de la solidarité passive¹. En effet, cette disposition ne peut être expliquée, du point de vue de la solidarité passive entre comandants, qu'historiquement, en remontant à l'époque où la gratuité était une condition essentielle du mandat².

§ 6. — Nous n'hésiterons pas, pour terminer, à comparer les dispositions du CO relatives aux causes de l'extinction des deux contrats. Le contrat d'entreprise prend fin par la mort de l'entrepreneur ou l'incapacité de terminer l'ouvrage pour une cause qui ne lui est pas imputable lorsque ses aptitudes personnelles ont été prises en considération (art. 379). La mort, l'incapacité ou la faillite de l'un ou de l'autre des contractants sont des causes d'extinction du mandat « à

¹ Becker, art. 403, n° 5 et 6; Funk, art. 403, n° 1.

² Becker justifie la solidarité prévue par l'article 403 comme suit : « Der Grund dieser Regelung liegt im Charakter des Mandates als besonderer Vertrauenssache. Wer mehreren Personen einen gemeinsamen Auftrag erteilt, schenkt allen zusammen das Vertrauen, nicht notwendig jedem einzelnen für sich. » Becker, art. 403, n° 1. Von Büren observe avec justesse que ce raisonnement n'est valable que pour la solidarité entre plusieurs mandataires. P. 93, note 4.

moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire » (art. 405 al. 1). Cependant, la réglementation du mandat contient d'autres dispositions propres à protéger, d'une part, les intérêts du mandant et, d'autre part, ceux du mandataire de bonne foi. L'alinéa 2 de l'article 405 impose au mandataire, à ses héritiers ou à son représentant, le devoir de continuer la gestion, en dépit de l'existence d'une cause d'extinction du rapport du mandat; lorsque, de ce fait, les intérêts du mandant sont mis en péril, l'article 406 protège le mandataire qui agit en ignorant l'extinction du mandat, et rend le mandant ou ses héritiers responsables de ses agissements comme si le mandant eût encore exister.

CONCLUSIONS

A la lumière des constatations faites au cours de cette étude, nous pouvons — croyons-nous — résumer ainsi nos conclusions :

Notons tout d'abord que, lors de la distinction entre le mandat et le contrat d'entreprise, il n'est point justifié d'invoquer, au sein du droit suisse, la doctrine et la jurisprudence allemandes et françaises. En effet, le mandat — comme nous l'avons vu — se distingue, en Allemagne, du contrat de service (*Dienstvertrag*) et du contrat d'ouvrage (*Werkvertrag*) par son caractère gratuit. De plus, l'objet du contrat d'ouvrage consiste dans la promesse à titre onéreux d'obtenir un certain résultat de l'activité humaine; il peut s'agir soit d'un résultat matériel ou immatériel, soit simplement du déplacement d'une personne ou d'un objet. En France, la gratuité du mandat n'est certes plus un élément essentiel de ce contrat. Son essence réside dans la représentation du mandant par le mandataire. La représentation (directe) suppose certainement l'accomplissement d'actes juridiques, et non pas d'activités purement matérielles. D'une manière générale, dans ce pays, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour admettre cette idée, en dépit d'efforts récents en vue de la combattre.

Il en va tout autrement en Suisse : le mandat peut, contrairement au droit allemand, être conclu soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il peut en outre, contrairement au droit français, avoir pour objet aussi bien des actes juridiques que des actes purement matériels. Quant à l'objet du contrat d'entreprise, il faut convenir qu'il n'est point suffisamment déterminé par la loi suisse. Cet objet, en effet, consiste dans la promesse, faite à titre onéreux, d'obtenir un certain résultat; et un contrat doit être qualifié d'une autre manière dès que son objet consiste en une prestation d'activité, par le seul fait du transfert des risques concernant la rémunération. Toutefois, nous nous croyons autorisé à affirmer que toute promesse, faite à titre onéreux, d'obtenir un résultat déterminé n'implique pas nécessairement la conclusion d'un contrat d'entreprise. Certes, la notion d'ouvrage englobe — cela est évident — les ouvrages matériels ou immatériels. Toutefois, nous tenons à préciser

qu'une partie des promesses de travail, par lesquelles le contractant promet le résultat de son activité, peuvent fort bien tomber sous le coup des règles du mandat, en vertu de l'article 394 alinéa 2 CO. Par cet article, le législateur a conservé, comme mandats, les travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.

En effet, la loi ne fournit aucune base juridique propre à déterminer la notion d'ouvrage, objet du contrat d'entreprise. Il convient donc que nous retracions l'évolution, en premier lieu, de cette notion, depuis l'époque de l'ancien CO, et, en second lieu, celle de la recherche. Recherche faite non pas seulement dans le domaine des règles du contrat d'entreprise, où elle s'est d'ailleurs révélée infructueuse, mais encore dans celui du mandat, particulièrement dans ses variétés telles que : contrat de transport, contrat de courtage, etc. Ainsi, ni la promesse de retrouver un objet perdu, ni l'engagement par lequel un avocat se charge d'encaisser une certaine somme d'argent due par un débiteur, ni le transport de personnes, ni le contrat conclu entre un guide de montagne et un touriste (*Bergführervertrag*) ne peuvent être qualifiés de contrats d'entreprise. Nous constatons, en outre, qu'une bonne partie des dispositions réglementant le contrat d'entreprise ne sont pas applicables à certains ouvrages de nature immatérielle. En pareil cas il importe cependant d'appliquer ces règles, dans leur esprit.

Parmi tous les autres cas douteux, ce sont des raisons d'opportunité qui déterminent l'application des règles du mandat ou celles du contrat d'entreprise. Il faut, cependant, se garder de faire appel aux règles du contrat d'entreprise simplement parce que la convention a pour objet un certain résultat à obtenir; en effet, on prive alors les parties contractantes de leur faculté de se délier unilatéralement de la convention. Dans chaque cas concret, il importe d'examiner dans quelle mesure la situation juridique des parties exige ou impose l'application des dispositions réglementant l'un ou l'autre de ces deux contrats. Pour cette raison, il importe d'examiner si les parties contractantes entendent conclure — en vertu de leur volonté mutuelle, du contenu et du but du contrat — une convention révocable ou répudiable en tout temps, ou si, au contraire, elles entendent établir un rapport juridique beaucoup plus solide, rapport dont l'un des contractants ne peut se départir que pour des motifs valables, et l'autre à la condition d'indemniser totalement son cocontractant. Remarquons à cet égard que la plupart des particularités du mandat, spécialement la dénonciation extraordinaire mentionnée par l'article 404 CO, sont justifiées, non pas, certes, par la gratuité du mandat, mais par le rapport de confiance spécialement exigé dans une relation juridique découlant d'un mandat.

Il convient, en outre, de vérifier si les parties contractantes entendent conclure un contrat dans lequel l'exécution personnelle est un élément primordial, ou un contrat dans lequel le débiteur peut transférer son exécution chaque fois que ses aptitudes propres sont sans importance, étant donné la nature de l'objet du contrat. De plus, lorsque le débiteur, et non pas le créancier, doit supporter les dépenses occasionnées par l'exécution du contrat, lorsqu'il doit se procurer à ses propres frais les outils et les engins nécessités par l'exécution, la balance penchera plutôt en faveur de l'existence d'un contrat d'entreprise.

BIBLIOGRAPHIE

- ACCARIAS : *Précis de droit romain*, 1891.
- AUBRY et RAU : *Cours de droit civil français*, t. VI, 5^e éd., 1920.
- *Droit civil français*, t. VI, 6^e éd., par Esmain, Paris 1951.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL : *Traité théorique et pratique de droit civil. Du contrat de louage*, 3^e éd., Paris 1907.
- BECKER : *Obligationenrecht*, Berne 1934.
- BECQUÉ, Emile : *De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle*. Revue trimestrielle de droit civil, t. 13, 1914.
- BERNARD, Antoine : *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris 1935.
- BEUDANT : *Cours de droit civil français*, t. XII, 2^e éd., Paris 1947.
- BEZZOLA, A.G. : *La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation*, Thèse Genève 1937.
- BLOETZER, Othmar : *Der Bergführervertrag*, Thèse Fribourg 1941.
- BÖCKEL, F. : *Die Schadenersatzpflicht des Auftraggebers*, Archiv f. die zivilistische Praxis, 96.
- BOITARD, Michel : *Les contrats de services gratuits*, Thèse Paris 1941.
- BOLLAG, Georg : *Die Kontraktliche Haftung des Architekten*, Thèse Bâle 1935.
- BRINZ : *Lehrbuch der Pandekten*, t. 11, Erlangen 1879.
- BROSSET et PELET : *Manuel de droit commercial usuel*, t. 1, Lausanne 1945.
- von BÜREN, Bruno : *Der Auftrag. Ein Betrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts*, Thèse Zurich 1944.
- BURCKHARDT, Ch. : *Die Revision des schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht*, Z. schweiz. R., 1903.
- CAPITAINE, G. : *La responsabilité du mandataire pour le cas fortuit, spécialement en matière de chèque*, ZBJV 1934.
- von CAROLSFELD SCHNORR, Ludwig : *Arbeitsrecht*, 2^e éd., Göttingen 1954.
- von CASTELBERG, Victor : *Die rechtliche Bedeutung des Kostenansatzes beim Werkvertrag*, Thèse Fribourg 1917.
- COLIN, P. : *De la détermination du mandat salarié*, Thèse Paris 1931.
- COLIN et CAPITANT : *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 11, 8^e éd., Paris 1935.

- CORNIL, Georges : *Droit romain*, Bruxelles 1921.
- COSACK : *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 4^e éd., 1903.
- CROME : *System des Deutschen bürgerlichen Rechts*, *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen 1902.
- CUCHE, P. : *Du rapport de dépendance, élément constitutif du Contrat de travail*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1913.
- CUQ, Ed. : *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris 1928.
- DAEPPEN et REYMOND : *Le Code fédéral des obligations interprété par la jurisprudence du TF*, Zurich 1937.
- DAVID, François : *Le marché à façon*, Thèse Paris 1937.
- DEREUX, Georges : *Du dommage éprouvé au service d'autrui*. *Revue trimestrielle du droit civil*, 1908.
- DERNBURG, Heinrich : *Die Schuldverhältnisse*, Halle 1899.
- DROIN, Jacques : *La représentation indirecte en droit suisse*, Genève 1956.
- DURAND, Paul : *Traité de droit du travail*, t. 11, Paris 1950.
- ENDEMANN : *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., Berlin 1903.
- ENNECERUS-LEHMANN : *Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen 1954.
- ESCARRA, J., ESCARRA, E. et RAULT, J. : *Traité théorique et pratique de droit commercial. Les contrats commerciaux*, Paris 1955.
- FALQUE-PIERROTIN : *Les éléments constitutifs du contrat de mandat*, Thèse Caen 1933.
- FAVRE et WICK : *Das schweizerische Transportrecht für Eisenbahnen und Schiffe*, Basel 1949.
- FICK, F. : *Commentaire du Code fédéral des obligations*. Traduction française par Porret, Neuchâtel 1915.
- FLATTET, Guy : *Les contrats pour le compte d'autrui*, Thèse Paris 1950.
- FRIEDRICH, Hans-Peter : *Fragen aus dem Auftragsrecht*, ZBJV 91 (1955), Heft 12.
- FUNK, Fritz : *Commentaire du Code fédéral des obligations*, traduit par MM. Porret et Perregaux, Paris 1930.
- GAUTSCHI, Georg : *Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz*, Zurich 1935.
- GIERKE, O. : *Deutsches Privatrecht*, t. III, 1917.
- GIFFARD : *Précis de droit romain*, t. 11, 3^e éd., Paris 1951.
- GIOVANOLI : *Force majeure et cas fortuit*, Thèse Genève 1933.
- GIRARD : *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^e éd., Paris 1924.
- GMÜR, Alfons : *Die zivilrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, Thèse Zurich 1907.
- GUHL, Théo : *Das schweizerische Obligationenrecht*, 5^e éd., Zurich 1956.
- *Das schweizerische Obligationenrecht*, 3^e éd., 1944.
- *Le droit fédéral des obligations*, traduit de l'allemand par René Des Gouttes, Zurich 1947.

- HABERSTICH, J. : *Manuel du droit fédéral des obligations*, traduit de l'allemand par Gilliéron, t. 11, 1886.
- HACHENBURG, Max : *Dienstvertrag und Werkvertrag in BGB*, Mannheim, 1898.
- HAFNER : *Droit des obligations*.
- HELDRIICH, Karl : *Der Arzt im römischen Privatrecht*, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, 1940.
- HERZEN, Nicolas : *Précis de droit romain*, Paris 1906.
- HERSCHSOHN, Henrich : *Die Kündigung im schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse Zurich 1925.
- HODLER, Ernest : *Der Widerruf nach schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse Berne 1909.
- HUBRECHT, Georg : *Manuel de droit romain*, Paris 1943.
- HUECK-NIPPERDEY : *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, vol. 1, Mannheim 1931.
- HUVELIN, P. : *Cours élémentaire de droit romain*, t. 11, Paris 1929.
- ISAY, Hermann : *Die Geschäftsführung nach dem BGB*, Jena 1900.
- JACOTTET, P. : *Manuel du droit fédéral des obligations*, Neuchâtel 1884.
- JAUSSI, Nelli : *Die Auftragssubstitution nach schweiz. OR*, Thèse 1925.
- von JHERING : *Zweck im Recht (L'évolution du droit)*, traduit de l'allemand par De Meulenaer, Paris 1901.
- JOSSERAND : *Cours de droit civil positif français*, t. 11, 3^e éd., Paris 1939.
- *Les transports en service intérieur et en service international*, 2^e éd., Paris 1926.
- KADEN, E. : *Des pertes fortuites du mandataire*, in Mélanges Sauser — Hall 1952.
- KOENIG : *Haftpflicht des Arztes*, Leipzig, 1936.
- KREIS, Henri : *Der Architektenvertrag*, Thèse Zurich 1938.
- LACOUR, Jean-T. : *Note sur le jugement du Tribunal de commerce de Zurich du 19 décembre 1951*, Revue française de droit aérien, 7^e année, 1953.
- LANZ, Gerd : *Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag*, Thèse Zurich 1934.
- LAURENT : *Principes du droit civil français*, t. XXVII, 3^e éd., Paris 1878.
- LEPOINTE et MONIER : *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris 1954.
- LOTMAR, Philipp : *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, 2 vol., Leipzig 1902-1908.
- MARCADI : *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 6, 5^e éd., 1852.
- MARTIN-ACHARD, E. : *La discipline des professions libérales*, Z. schweiz. R., 70 (1951).
- MARTIN, Alfred : *Le Code des obligations. Des contrats de droit civil*, Genève 1922.
- MARTY, Camille : *Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom*, Thèse Montpellier 1937.

- MAY, Gaston : *Elément de droit romain*, 18^e éd. Paris 1935.
- MAYNZ, Ch. : *Cours de droit romain*, t. 11, 1870.
- MOLITOR, Erich : *Das Wesen des Arbeitsvertrag*, Leipzig 1925.
- MONIER, R. : *Manuel élémentaire de droit romain*, t. 11, 4^e éd., 1948.
- MULLER, Hermann : *Die Gefährtragung nach Schweiz. Werkvertragsrecht*, Thèse Zurich 1926.
- OERTMANN, Paul : *Das Recht der Schuldverhältnisse*, 2^e éd., Berlin 1906.
- OLIVIER, Martin : *Nouvelle revue historique de droit français*, 1936.
- OSER et SCHÖNENBERGER : *Das Obligationenrecht*, 2^e éd., Zurich 1936.
- PALANDT, Otto : *Bürgerliches Gesetzbuch*, Auflage, München und Berlin 1951.
- PARIS, Jean : *La responsabilité de la Custodia, en droit romain*, Thèse Nancy 1926.
- PILON, Eustache : *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, Thèse Caen 1897.
- PLANCK : *Bürgerliches Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse*, 3^e éd., Berlin 1907.
- PLANIOL et RIPERT : *Traité pratique du droit civil français*, t. XI, 2^e éd., Paris 1954.
- POTHIER : *Traité du contrat de mandat*, Paris 1847.
- DE PUYBUSQUE, J. : *Le contrat de publicité*, Thèse Toulouse 1936.
- QUINCHE, Antoinette : *Du cas fortuit dans le louage d'ouvrage*, Thèse Lausanne 1923.
- RACHLE, Hans : *Grundsätzliches zum Werkvertragsrecht*, SJZ 15.
- REHFOUS, L. : *La responsabilité des transporteurs dans le transport des personnes*. La Semaine judiciaire 1896.
- RICHARD, Albert : *Le contrat de travail en droit suisse*, Genève 1914.
- RIESE et LACOUR : *Précis de droit aérien*, Paris 1951.
- RIEZLER, Erwin : *Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich*, Jena 1900.
- RIPERT, Georges : *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris 1951.
- ROSSEL, Virgile : *Droit fédéral des obligations*, 1892.
— *Manuel du droit fédéral des obligations*, 4^e éd., 1920.
- RÜMELIN, Gustave : *Dienstvertrag und Werkvertrag*, Tübingen 1905.
- SALEILLES, R. : *Note sur le projet de la commission relative au contrat de travail*. Bulletin de la Société d'études législatives, Paris 1906.
- SAVATIER, René : *Cours de droit civil*, t. 11, Paris 1944.
- SAVATIER, R., AUBRY, J.-M., SAVATIER, J., et PÉQUIGNOT, H. : *Traité de droit médical*, Paris 1956.
- SCHAERER, Max : *Haftpflicht und Schadenersatz*, Bern 1940.
- SCHEY, J. : *Die Obligationsverhältnisse des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts*, Wien 1907.

- SCHLATTER, Hermann : *Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag*, Thèse Berne 1934.
- SCHNYDER, B. : *Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter*, SJZ 51 (1955).
- SCHROEDER, Hans : *Der Dienstverschaffungsvertrag*, Thèse Rostock 1914.
- SCHWARZ : *Revue trimestrielle de droit civil*, 34 (1935).
- SCHWEINGRUBER : *Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bern 1951.
- *Commentaire du contrat de travail*, traduction française de Albert Laissue, Berne 1952.
- SENEILLART, Raymond : *Des contrats de louage de service passés par les médecins*, Thèse Lille 1939.
- SIBER, Heinrich : *Operae liberales*, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, 1940.
- STAUDINGER : *Recht der Schuldverhältnisse*, 3 teil., 9° éd., München 1929.
- SUTER : *Der entgeltliche Auftrag im Schweizerischen Obligationenrecht*, Thèse Berne 1904.
- THALBERG : *Dienstvertrag und Auftrag*, Zurich 1899.
- THILO, Emile : *La responsabilité professionnelle du médecin*, Lausanne 1949.
- *Le courtage en immeubles et la rémunération du courtier*, JdT 1949.
- de TORRENTÉ, Flavien : *La dernière revision du Code fédéral suisse des obligations et l'objet du contrat d'entreprise*, Thèse Lausanne 1926.
- TRACHSEL, Gottfried : *Begriff und Abgrenzung des Werkvertrages nach gemeinen Recht und modernen Gesetzen*, Thèse Berne 1923.
- TROPLONG : *Le droit civil*, t. 11, 1852.
- TSCHUDI, Werner : *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen*, Thèse, Berne 1949.
- von TUHR Andreas : *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduit de l'allemand par de Torrenté et Emile Thilo, 2° éd., Lausanne 1933.
- *Die Einlösung eines gefälschten Schecks*, SJZ 21.
- TURRETTINI, Pierre : *Le contrat de courtage et le salaire du courtier*, Thèse Genève 1952.
- UNGER, Josef : *Handeln auf fremde Gefahr*. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik, Band 33.
- van WETTER : *Pandectes, l'histoire du droit romain et la législation de Justinien*, Paris 1910.
- *Les obligations en droit romain*, t. 11, Paris 1884.
- WINDSCHEID : *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Frankfurt 1900.
- ZIMMERMANN, George : *La responsabilité du commissionnaire-expéditeur*, Thèse Lausanne 1955.

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	8
Avant-propos	9
Introduction : <i>Contrat d'activité (Tätigkeitsvertrag) et contrat de résultat (Erfolgsvertrag)</i>	13
Chapitre I : <i>Le principe de la gratuité du mandat</i>	19
Chapitre II : <i>L'objet du mandat et du contrat d'entreprise</i>	28
Section I : <i>L'objet du mandat et du contrat d'ouvrage dans le code civil allemand</i>	28
§ 1. L'objet du mandat	28
§ 2. L'objet du contrat d'ouvrage	32
Section II : <i>Le droit français</i>	35
Section III : <i>L'objet du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse</i>	47
§ 1. L'objet du mandat, la notion « d'affaire » et la notion de « service »	47
A. Le droit suisse avant 1912	47
B. « Affaire » et « service » dans l'actuel CO	53
C. Etude de quelques cas particuliers	55
1. Conseils et renseignements	56
2. Le contrat passé avec un architecte	57

3. La situation du médecin	61
4. L'activité de l'avocat et du notaire . . .	63
5. L'expertise	63
6. Contrats pour l'établissement d'une comptabilité ou d'un bilan	64
§ 2. La notion d'ouvrage	65
A. La notion d'ouvrage en droit suisse avant 1912	65
B. L'ouvrage en droit suisse depuis 1912 . . .	70
1. La révision du CO	70
2. Théorie de l'ouvrage matériel	72
3. Théorie de l'ouvrage matériel ou immatériel	74
4. L'élargissement de la notion d'ouvrage (Becker et la jurisprudence du Tribunal fédéral)	77
5. Conclusions	82
6. Le transport de personnes	83
Chapitre III : <i>La dénonciation extraordinaire du mandat (et du contrat d'entreprise)</i>	92
Chapitre IV : <i>Les risques et leurs rapports avec la rémunération et les impenses faites par le débiteur du travail</i>	103
Chapitre V : <i>La responsabilité pour les dommages subis par le débiteur dans l'exécution du mandat et du contrat d'entreprise</i>	110
Chapitre VI : <i>L'exécution personnelle de la convention et la délimitation du champ d'application des articles 101 et 399 CO</i>	118

Chapitre VII : *Questions diverses* 132

Conclusions 137

Bibliographie 143

ABRÉVIATIONS

ATF	= Arrêts du Tribunal fédéral
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
Bl. f. Zür. R.	= Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
CC	= Code civil suisse
CCF	= Code civil français
CO	= Code des obligations de 1911
FJS	= Fiches juridiques suisses
JdT	= Journal des Tribunaux
SJZ	= Schweizerische Juristen-Zeitung
Sch. Bl. f. Hand. Ent.	= Schweizer Blätter für Handelsrechtliche Entscheidungen
Sem. jud.	= La Semaine judiciaire
TF	= Le Tribunal fédéral suisse
ZBJV	= Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
Z. Sch. R.	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

ACHEVÉ D'IMPRIMER EN
AOÛT MIL NEUF CENT
CINQUANTE-HUIT SUR LES
PRESSES DE L'IMPRIMERIE
H. JAUNIN S. A., LAUSANNE



